



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RETALIAÇÃO CRUZADA NA OMC: DISCIPLINA E DESAFIOS
PARA O SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO**

RENATA VARGAS AMARAL

FLORIANÓPOLIS

2012

Renata Vargas Amaral

**RETALIAÇÃO CRUZADA NA OMC: DISCIPLINA E DESAFIOS
PARA O SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO**

Tese de Doutorado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em
Direito. Área de Relações
Internacionais da Universidade Federal
de Santa Catarina como requisito
parcial para obtenção do título de
Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Otávio
Pimentel

Florianópolis

2012

Renata Vargas Amaral

**RETALIAÇÃO CRUZADA NA OMC: DISCIPLINA E DESAFIOS
PARA O SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO**

Esta tese foi adequada para obtenção do título de Doutora em Direito e aprovada em sua forma final pela coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Relações Internacionais.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel (UFSC)
Orientador (coordenador)

Prof. Dr. Fernando Seabra (UFSC)
Membro

Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves (UFSC)
Membro

Prof. Dr. Welber Barral (IRIBr)
Membro

Prof. Dr. Umberto Celli (USP)
Membro

Florianópolis, 25 de maio de 2012.

Dedicatória

Para Edson, Fátima e Fernanda, com todo meu amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Acredito que somente aqueles que passaram pelo processo de escrever uma tese de doutorado sabem qual o sentimento de chegar à seção de agradecimentos (!!). Sem dúvida, o trabalho duro foi feito por mim, mas eu nunca poderia completá-lo sem o apoio material e emocional de pessoas muito especiais. Tenho receio de que não serei justa com todos aqueles que foram importantes nestas poucas palavras, mas estou profundamente agradecida a todos que me apoiaram tão amorosamente nestes anos de doutorado.

Primeiro de tudo, sinto-me muito abençoada por ter uma família como a minha. Um agradecimento especial ao meu pai, minha mãe e minha irmã, que sempre acreditaram em mim e não me deixaram cair. Obrigada pela paciência, pelo amor e por me darem a força para continuar durante os diversos momentos difíceis.

Sou muito grata aos professores Luiz Otávio Pimentel (que assina esta tese comigo) e Fernando Seabra, da Universidade Federal de Santa Catarina. Ambos acreditaram em mim e foram responsáveis por enviar-me para a Universidade de Maastricht em 2010. Acredito que nenhum de nós sabia o quão importante e iluminada essa experiência viria a ser quando fui para lá. Mas graças aos senhores eu tive um dos melhores anos da minha vida acadêmica em Maastricht. Neste ensejo, gostaria também de agradecer à CAPES por conceder o apoio financeiro para o período que passei na Holanda.

De Maastricht, sou infinitamente grata pelas portas abertas pelo Prof. Dr. Anselm Kamperman Sanders. Obrigada por me inspirar e me fazer acreditar que isso poderia funcionar.

Agradecimentos especiais vão para Dalindybo Shabalala, que não foi apenas um grande mestre, mas também um amigo adorável. Seus comentários competentes deixaram-me mais segura para seguir em frente. Obrigada, meu amigo.

Não poderia deixar de mencionar, também, a honra de poder discutir sobre esta tese com o Prof. Dr. Peter Van den Bossche, hoje juiz do Órgão de Apelação da OMC. Obrigada, muito obrigada por nossas conversas em Genebra e Maastricht. Conhecer-lo e tê-lo como mestre é

um privilégio de poucos, eu sinto-me muito honrada. Minha admiração só aumentou com a nossa convivência.

Agradeço também aos professores, meus amigos e ao pessoal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Foi uma grande alegria para compartilhar ideias e passar tantos momentos agradáveis com vocês. Agradecimentos especiais eu devo as minhas queridíssimas amigas da UFSC: Silvia Bittencourt Varella, Luiza Zuanazzi França, Mariana Rocha, Carolina Pancotto Bohrer, e Patrícia de Oliveira Areas.

Também de forma especial gostaria de agradecer ao Prof. Welber Barral, meu amigo e meu supervisor dedicado por tanto anos. Obrigada por sua atenção comigo, refletida em suas observações atenciosas ao meu trabalho, mas, também, obrigada pela sua preocupação com a minha vida pessoal e profissional. É uma honra ter você como um amigo querido, e eu sou muito grata por isso.

Bem, eu não sei se alguém pode fazer um doutoramento desprovido de amigos, mas eu sei que eu não poderia. Quero expressar minha profunda gratidão aos meus amigos do Brasil que nunca me deixaram sozinha enquanto eu estava na Holanda (agradecimento especial ao skype!). E aos amigos da Holanda que fizeram do período lá uma experiência feliz e inesquecível. Vocês sabem quem são. Da China, gostaria de mencionar minha adorável amiga Zhao Fei, que eu conheci durante uma viagem de estudos a Macau em 2011 e que tem sido uma bênção na minha vida desde então. Sua bondade e amor fazem de mim uma pessoa melhor.

Muitas pessoas contribuíram para a conclusão deste trabalho, mas as linhas não são suficientes para ser justa com todos. Sou muito grata a todos vocês que, direta ou indiretamente, fizeram parte deste projeto. Aqui está a tese!

RESUMO

À medida que as relações de comércio multilateral multiplicam-se e tornam-se mais sofisticadas, as disputas relacionadas comerciais reguladas pela OMC também tendem a tornarem-se mais frequentes. De fato, a partir de 1995 houve um aumento significativo de disputas levadas a OMC, comparativamente ao número de disputas discutidas sob os auspícios GATT. O grande número de controvérsias indica não só que há desentendimentos entre membros sobre a inconsistência de medidas comerciais, mas também que o estabelecimento de um mecanismo de regras resultou num ambiente mais seguro e confortável para se resolver as disputas. O sistema de solução de controvérsias confere estabilidade ao comércio multilateral e demonstra a credibilidade de seus membros no sentido de resolverem as controvérsias sob um sistema de solução legalizado e previsível. Entretanto, ainda que o sistema pareça muito eficiente – sobretudo devido ao seu índice de cumprimento de decisões, há lacunas e inconsistências que não devem ser desconsideradas. Esta pesquisa tem foco na fase de implementação das decisões adotadas pelo OSC. Essa é a fase quando as assimetrias econômicas são ressaltadas, uma vez que a maior ou menor importância de acesso a certo mercado parece ser determinante para a decisão de cumprir com uma decisão da OMC. De fato, se um membro desenvolvido perdedor em uma disputa contra um país em desenvolvimento prefere pagar o preço do descumprimento ao invés de cumprir a decisão, parece não haver uma maneira eficiente de o reclamante induzir o cumprimento. Considerando este cenário, o presente estudo está interessado nas soluções dadas pelo ESC ao lidar com problemas de cumprimento e implementação de decisões de acordo com suas disposições. Em especial, o estudo foca no mecanismo de retaliação cruzada comercial, mecanismo que é apontado pela academia e por profissionais da área como uma possível solução para as assimetrias econômicas entre oponentes numa disputa comercial.

Palavras-chave: OMC, Sistema de Solução de Controvérsias, Retaliação Cruzada, Implementação, Assimetrias, TRIPS.

ABSTRACT

As the multilateral trade relations multiply and become more sophisticated, trade disputes governed by the WTO also tend to become more frequent. In fact, since 1995 there was a significant increase in disputes brought before the WTO, compared to the number of disputes discussed before GATT. The large number of controversies not only indicates that there are disagreements among members about the inconsistency of trade measures, but also that the establishment of a rules engine resulted in a more secure and comfortable environment to solve disputes. The dispute settlement system provides stability to the multilateral trade and reflects the credibility of its members to solve disputes under a system of legalized and predictable solution. However, although the system appears to be very effective - especially due to the high rate of compliance with WTO decisions, there are gaps and inconsistencies that should not be overlooked. This research focuses on the phase of implementation of decisions adopted by the DSB. This is the stage when the economic asymmetries are emphasized, since the greater or lesser importance of access to certain market seems to be crucial to the decision to comply with a WTO ruling. In fact, if one loser developed member in a dispute against a developing country member prefer to pay the price of failure rather than comply with the decision, there seems to be no effective way to induce compliance. Considering this scenario, the present study is interested in the solutions given by the DSU in dealing with compliance issues and implementing decisions in accordance with its provisions. In particular, this study focuses on the cross-retaliation mechanism, a mechanism that is appointed by the academy and by professionals as a possible solution to the economic asymmetries between opponents in a trade dispute.

Keywords: WTO, Dispute Settlement System, Cross-retaliation, Implementation, Asymmetries, TRIPS.

Resumen

Como las relaciones comerciales multilaterales se multiplican y se vuelven más sofisticadas, diferendos comerciales que se rigen por la OMC también tienden a ser más frecuentes. De hecho, desde 1995 hubo un aumento significativo en las controversias ante la OMC, en comparación con el número de conflictos analizados bajo los auspicios del GATT. El gran número de controversias no sólo indica que hay desacuerdos entre los miembros acerca de la incompatibilidad de las medidas comerciales, sino también que el establecimiento de un sistema de reglas tiene como resultado un entorno más seguro y cómodo para resolver disputas. El sistema de solución de diferencias ofrece estabilidad al comercio multilateral y demuestra la credibilidad de sus miembros para resolver disputas bajo un sistema de solución legal y predecible. Sin embargo, aunque el sistema parece muy eficaz - especialmente debido a su tasa de cumplimiento de las decisiones, hay lagunas e incongruencias que no deben pasarse por alto. Esta investigación se centra en la fase de aplicación de las decisiones tomadas por la OSD. Esta es la etapa en que las asimetrías económicas se acentúan, ya que la mayor o menor importancia del acceso a determinado mercado parece ser fundamental para la decisión de cumplir con un fallo de la OMC. De hecho, si uno de los miembros desarrollados perdedor en una disputa contra un país en desarrollo y pagar el precio del fracaso en lugar de cumplir con la decisión, no parece haber un medio eficaz para inducir el cumplimiento a favor del demandante. Teniendo en cuenta este escenario, el presente estudio está interesado en las soluciones dadas por el OSD en el tratamiento de las cuestiones de cumplimiento y ejecución de decisiones de conformidad con sus disposiciones. En particular, este estudio se centra en el mecanismo de retaliación cruzada del comercio, un mecanismo que es nombrado por la academia y por los profesionales como una posible solución a las asimetrías económicas entre los oponentes en un conflicto comercial.

Palabras-Clave: OMC, Sistema de Solución de Diferendos, Retaliacion Cruzada, Implementacion, Asimetrias, ADPIC.

ÍNDICE DE SIGLAS

ACP – Antigas Colônias da Ásia, Caribe e Pacífico
CAMEX – Câmara de Comércio Exterior
CDI – Comissão de Direito Internacional
CE – Comunidade Europeia
CIJ – Corte Internacional de Justiça
DIP – Direito Internacional Público
EPE – Escritório de Patentes Europeu
ESC – Entendimento de Solução de Controvérsias
EUA – Estados Unidos da América
FMI – Fundo Monetário Internacional
GATT – Acordo Geral de Tarifas e Comércio
GATS – Acordo Geral sobre Comércio de
IG – Indicação Geográfica
ICITO - Comissão Interina para a Organização Internacional do
Comércio
ICTSD – Centro Internacional para o Comércio e Desenvolvimento
Sustentável
INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial
NAFTA – Acordo Norte-americano de Livre Comércio
NMF – Nação mais Favorecida
OA – Órgão de Apelação
OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OIC – Organização Internacional de Comércio
OMC – Organização Mundial do Comércio
OMPI – Organização Mundial de Propriedade Intelectual
ONU – Organização das Nações Unidas
OSC – Órgão de Solução de Controvérsias
PAP - Protocolo de Aplicação Provisional do Acordo Geral em Tarifas e
Comércio
PCT - Tratado de Cooperação em Patentes
P&D – Pesquisa e Desenvolvimento
PI – Propriedade Intelectual
PMDR – Países de Menor Desenvolvimento Relativo
SCM – Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias
TRIMS - Acordo sobre Medidas Relacionadas a Investimentos
TRIPS - Acordo relacionado aos Aspectos de Direito de Propriedade
Intelectual
EU – União Europeia

UNCTAD - Conferência das Nações Unidas para o Comércio e
Desenvolvimento

LISTA DE TABELAS E FIGURAS

Tabela I -	Indicadores de PIB: FMI.....	113
Tabela II -	Dados da OMC sobre Participação no Sistema de Solução de Controvérsias por membro.....	114
Tabela III -	Probabilidade de Observância do Estado.....	127
Tabela IV -	Dilema do Prisioneiro.....	128
Tabela V -	Volume de Trocas no Consumo Privado.....	201

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	23
2.	EMERGÊNCIA DO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO.....	29
2.1	Direito Internacional e relações econômicas internacionais: breve apanhado.....	30
2.1.1	Responsabilidade internacional dos Estados.....	30
2.1.2	Mudança de conceito de soberania estatal.....	36
2.1.3	Relações econômicas internacionais: globalização econômica.....	40
2.2	O surgimento do sistema multilateral de comércio: história e evolução desde o GATT.....	48
2.2.1	GATT e seu desenvolvimento até 1994.....	50
2.2.2	Mudanças em 1994: a formação institucional da OMC.....	60
2.3	OMC: objetivos e princípios.....	64
2.3.1	Tratamento da Nação mais Favorecida.....	65
2.3.2	Tratamento Nacional.....	68
2.3.3	Outros princípios e exceções.....	70
3.	DISCIPLINA DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC.....	77
3.1	Jurisdição do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.....	77
3.2	Procedimentos de Solução de Controvérsias.....	81
3.2.1	Consultas.....	82
3.2.2	Painéis.....	84
3.3	Órgão de Apelação.....	86
3.3	Implementação.....	88
3.3.1	Remédios da OMC: Medidas de Compensação e Suspensão de Concessões.....	92
4.	DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES DA OMC.....	103
4.1	Potenciais dificuldades que devem ser consideradas.....	103
4.1.1	Efeito vinculante das decisões adotadas pelo OSC.....	104
4.1.2	Assimetria econômica dos membros da OMC: sanções aplicadas por países em desenvolvimento prejudicam a eles mesmos.....	108
4.2	Cumprimento de decisões e a OMC.....	123

4.2.1	Cumprimento de decisões no direito internacional.....	123
4.2.2	Cumprimento de decisões na OMC: é uma opção?.....	130
5.	RETALIAÇÃO CRUZADA NA OMC: instrumento de efetivação do sistema de solução de controvérsias?.	139
5.1	Retaliação Cruzada: uma opção atraente para países em desenvolvimento.....	139
5.2	Retaliação cruzada em TRIPS: temas de interesse.....	144
5.3	Suspensão de obrigações em TRIPS.....	144
5.3.1	Racionalidade básica para calcular o nível de retaliação...	159
5.3.2	Os desafios e os custos da retaliação cruzada em TRIPS: temas legais, econômicos e políticos.....	169
5.4	Casos selecionados: pedidos aprovados para retaliação cruzada na OMC.....	180
5.4.1	CE-Bananas III.....	181
5.4.2	EUA – Jogos de azar.....	182
5.4.3	EUA-Algodão.....	192
5.5	Retaliação cruzada como veículo de desenvolvimento de membros da OMC.....	203
5.6	Viabilidade das propostas de reforma do OSC em favor dos países em desenvolvimento.....	205
6.	CONCLUSÃO.....	211
7.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	217

1. INTRODUÇÃO

O mecanismo de solução de controvérsias do sistema de comércio multilateral tem inspirado vários estudos e relatórios no mundo todo desde a criação da Organização Mundial do Comércio (doravante OMC). O fluxo de comércio tem aumentado rapidamente e as trocas comerciais multilaterais são atualmente – e mais que nunca – um elemento extremamente importante nas relações internacionais entre Estados.

O comércio não é apenas uma troca de produtos e serviços entre países, mas também uma ferramenta relevante para o desenvolvimento das economias e sociedades. Entre seus benefícios, a liberalização do comércio promove a melhoria de ambientes de negociação que, por sua vez, são mais: (i) conducentes ao investimento estrangeiro; (ii) abertos à formação e melhoria de economias de escala – com a consequente queda de preços de produtos; (iii) conducentes à inovação tecnológica e à troca de conhecimento através da pesquisa e desenvolvimento em conjunto ao redor do mundo; (iv) conducentes à melhoria do nível de desenvolvimento econômico dos membros do comércio multilateral por dar mais amplo acesso aos bens, serviços e uso de conhecimento.

À medida que as relações de comércio aumentam e se tornam mais sofisticadas, as disputas relacionadas aos temas de comércio que são reguladas por acordos da OMC também tendem a se tornar mais frequentes. De fato, a partir de 1995 houve um aumento significativo de disputas levadas a OMC comparativamente as disputas que eram discutidas sob os auspícios do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (doravante GATT) 1947. Em sua jovem existência, o sistema de solução de disputas da OMC lidou com nada menos que 436 disputas até esta data.

O grande número de disputas indica não só que há controvérsias entre membros sobre a inconsistência de medidas comerciais, mas também que o estabelecimento de um mecanismo de regras resultou num ambiente mais seguro e confortável para se resolver as disputas. O sistema de solução de controvérsias confere estabilidade ao comércio multilateral e demonstra a credibilidade de seus membros no sentido de resolverem as controvérsias sob um sistema de solução legalizado e previsível.

É inquestionável o fato de que o sistema de solução de disputas da OMC é uma das mais importantes inovações da Rodada do Uruguai. Entretanto, ainda que o sistema pareça muito eficiente – sobretudo devido ao seu índice de cumprimento de decisões –, há lacunas e inconsistências que não devem ser desconsideradas. Ainda que o índice não cumprimento de decisões não seja um número significativo- aproximadamente 15% - quando se trata de números totais de disputas resolvidas, é preciso levar em conta que todos os casos de descumprimento na OMC são bastante problemáticos.

Esta pesquisa se baseia na busca de um melhor entendimento das instâncias de descumprimento, bem como dos remédios disponíveis para suprir os problemas que têm lugar no momento da implementação das decisões adotadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias (doravante OSC). Ainda que se reconheçam os problemas que podem surgir nas disputas quando o reclamante e o réu são economias fortes, o estudo foca nas complicações que surgem quando o reclamante na disputa levada a OMC é um economia em desenvolvimento e o réu é uma economia desenvolvida.

Mais especificamente, esta pesquisa trata da fase de implementação das decisões adotadas pelo OSC. Essa é a fase quando as assimetrias econômicas são ressaltadas uma vez que a maior ou menor importância de acesso a certo mercado parece ser determinante para a decisão de cumprir com uma decisão da OMC. De fato, se um membro desenvolvido perdedor em uma disputa contra um país em desenvolvimento prefere pagar o preço do descumprimento ao invés de cumprir a decisão, parece não haver uma maneira eficiente de o reclamante induzir o cumprimento.

Considerando o cenário até aqui descrito, o presente estudo se interessa nas soluções dadas pelo Entendimento de Soluções de Controvérsias ao lidar com problemas de cumprimento e implementação de decisões de acordo com suas disposições. Em especial, o estudo foca no mecanismo de retaliação cruzada comercial, mecanismo que é apontado pela academia e por profissionais da área como uma possível solução para as assimetrias econômicas entre oponentes numa disputa comercial.

Assim, a hipótese levantada nesta tese pressupõe que ainda que o sistema de solução de disputa tenha altos índices de cumprimento desde o estabelecimento da OMC, há desafios à sua efetividade, uma vez que o sistema permite que países (desenvolvidos) comprem sua saída das suas obrigações de diversas maneiras. Portanto, ainda que o mecanismo de retaliação cruzada apresente possíveis soluções de

sucesso, o estudo pretende demonstrar os desafios que podem surgir no uso desse mecanismo, bem como se essa é uma opção viável para países em desenvolvimento ou não.

Tendo exposto isso, o problema de pesquisa que motiva este estudo é o seguinte: levando em conta o significativo desequilíbrio econômico entre os membros da OMC e a dificuldade dos países em desenvolvimento em induzir o cumprimento das decisões da Organização, o mecanismo de retaliação cruzada contribui para uma maior efetividade do sistema de solução de controvérsias no que concerne os países em desenvolvimento?

Nesse sentido, o objetivo principal desta tese é analisar a real utilidade da suspensão cruzada de concessões ou outras obrigações com vistas a uma maior efetividade do sistema de solução de controvérsias (especialmente no tocante aos países em desenvolvimento).

Antes de prosseguir, faz-se necessário explicar o que a autora entende por país em desenvolvimento, ainda que esse tema seja tratado mais adiante neste trabalho. A OMC não contribui com nenhuma definição detalhada do tópico, limitando-se a separar países em desenvolvimento dos países de menor desenvolvimento relativo em uma categoria explícita. Bem verdade que, no que concerne esta tese, poder-se-ia afirmar que fator que faz grande diferença entre os membros – e que fará diferença na opção por uma retaliação cruzada –, é o respectivo tamanho de mercado. Esse elemento será endereçado no corpo da tese.

Entretanto, por razões práticas, para o desenvolvimento deste trabalho optou-se por dividir os membros em dois grupos distintos: o grupo de países desenvolvidos e o grupo de países em desenvolvimento. Os primeiros são as economias mais poderosas identificadas pelo Banco Mundial como tendo alto desenvolvimento econômico, social, de saúde e educação; tais como os Estados Unidos, a maior parte dos países Europeus, Japão, Canadá, entre outros. Os outros são todos os 153 países membros da OMC que claramente não são desenvolvidos (incluindo pequenas economias), exceto Brasil, China, Índia e outros países em desenvolvimento identificados com características especiais que faz de suas economias mais competitivas e fortes, distinguindo-os dos demais países em desenvolvimento.

Esta tese não se limitará a um único marco teórico, sendo alimentada por diferentes disciplinas e aspectos do sistema de comércio multilateral. Como resultado, a escolha de um arcabouço teórico foi baseada na relevância dos trabalhos de autores de diferentes campos de

conhecimento com o intuito de responder ao problema de pesquisa que motivou o presente trabalho.

O problema proposto é uma reflexão que ultrapassa as dimensões puramente legais e econômicas, antes, ele busca elementos para compreender a complexidade das decisões de comércio internacional. A idéia é fazer uma superposição de teorias de Direito Internacional Público, Relações Internacionais e Direito Econômico Internacional, juntando informações disponibilizadas por autores nesses campos a fim de mapear importantes elementos com vistas a promover uma discussão bem embasada de temas relacionados ao sistema de controvérsias da OMC. Certamente a retaliação da OMC é um dos temas mais multidisciplinares do sistema e como tal um dos mais ricos em termos de detalhes e nuances.

As lições de Direito Internacional Público são notadamente fundamentais para o desenvolvimento desta pesquisa. Acima de tudo, as noções de responsabilidade internacional do Estado são indispensáveis neste estudo. A OMC (e seus membros), como organização internacional estabelecida por um tratado de Direito Internacional Público deve observar as disposições legais da dos acordos de direito internacional. Como tal, Estados que quebram obrigações de direito internacional, neste caso obrigações legais da OMC, devem ser responsabilizados. A discussão em torno da responsabilidade Estatal se baseia numa pesquisa histórica. Ainda que muitas fontes tenham sido usadas, os relatórios da Comissão de Direito Internacional de Roberto Ago sobre a responsabilidade Estatal ganham destaque neste trabalho.

O Direito Econômico Internacional é a área de estudos central que norteia a discussão desta tese. As relações comerciais e econômicas são criadas e diretamente influenciadas pelas disposições de Direito Econômico Internacional. Todos os sujeitos da OMC são definidos pelo Direito Econômico Internacional. Ao tratar de temas relacionados à globalização econômica e relações de comércio multilateral esta tese se baseou principalmente nos escritos de John H. Jackson e Peter Van den Bossche. Dentre outras fontes importantes usadas nesses escritos, os autores apresentam um entendimento robusto do Direito Econômico Internacional seguindo a mesma linha de pensamento adotada na discussão proposta nesta tese.

Além desses autores, e em especialmente no que se refere aos assuntos do sistema de solução de controvérsias da OMC, outros autores tais como Gregory Shaffer, Marc L. Busch e Eric Reinhardt, Pietros Mavroidis, Steve Charnovitz e William Davey foram usados como fontes importantes de contribuição à argumentação da presente

pesquisa. Mais especificamente no tocante à retaliação cruzada – especialmente em TRIPS como se verá-, as contribuições de Frederick Abbott, Henning Grosse Ruse-Khan e Joost Pauwelyn foram indispensáveis para o desenvolvimento desta pesquisa e foram contrastadas com diferentes posições de outros autores.

Pela a análise de elementos e fatos de maneira diferente e completa, a presente tese tem como objetivo contribuir para o estado da arte do tema proposto. A pesquisa profunda de fontes disponíveis sobre o tema contribui para uma reflexão detalhada e competente da retaliação cruzada e a real utilidade desse mecanismo para os países em desenvolvimento. Ainda, uma vez que a espinha dorsal desta tese é o desequilíbrio nas relações comerciais multilaterais, a autora pretende sugerir maneiras de corrigir o atual sistema focando na solução de controvérsias.

A relevância do tema é evidente. A absoluta maioria das trocas comerciais no mundo é feita sob os auspícios das regras da OMC. Grande parte dos membros que aderiram ao sistema multilateral experimentou um crescimento significativo de bem estar social. Entretanto, as assimetrias que separam os países são bastante relevantes e parecem se tornar ainda mais claras quando economias pequenas demonstram não terem força suficiente, traduzidas em falta de recursos financeiros e capacidade negocial para acompanhar o aumento do fluxo do comércio multilateral.

Nesse contexto, a implementação das decisões da OMC é o momento onde as assimetrias se tornam mais evidentes. Normalmente, milhões de dólares estão envolvidos numa única disputa. Isso pode não ser tão significativo para economias poderosas, mas pode destruir setores inteiros da economia de países em desenvolvimento.

A parte desta introdução, a tese se divide em quatro capítulos e conclusão. A metodologia usada para desenvolver a pesquisa foi indutiva e o método de pesquisa comparativo. A pesquisa foi realizada principalmente através do uso de referências bibliográficas e documentos oficiais e primários.

O capítulo 2 tem como objetivo apresentar uma abordagem completa da emergência de uma economia verdadeiramente global e suas instituições. Uma ênfase especial será dada à criação do sistema de comércio multilateral e ao arcabouço institucional da Organização Mundial do Comércio.

Uma vez que todos os assuntos tratados neste capítulo são elementos de Direito Internacional Econômico – que, lembre-se, é um

ramo do Direito Internacional Público -, é importante tratar dos elementos do último que afetam o entendimento desta pesquisa. Por essa razão, o início deste capítulo vai abordar assuntos ligados à responsabilidade dos Estados e à soberania Estatal. Além disso, o capítulo vai descrever a história e evolução do sistema de comércio multilateral bem como os principais objetivos e princípios da Organização Mundial do Comércio.

O capítulo 3 foca na disciplina do sistema de solução de controvérsias, e lida especialmente com elementos que formam e definem a estrutura do sistema de solução de disputas no comércio multilateral. O capítulo também analisa a jurisdição compulsória e procedimentos do sistema, com atenção especial à fase de implementação de decisões do Entendimento de Solução de Controvérsias.

Na sequência o capítulo 4 versa sobre os desafios que se verificam durante a fase de implementação de decisões adotadas pelo OSC. Especificamente, o capítulo cuida dos efeitos vinculantes das decisões adotadas pelo OSC, bem como os efeitos primários identificados resultantes da assimetria entre os membros da OMC. O capítulo tratará também de dados relativos ao cumprimento de regras e recomendações do OSC. Entende-se que é importante tratar do que a OMC entende por cumprimento de suas decisões e se os altos índices de *compliance* indicam que não há necessidade de se preocupar com o sistema.

Finalmente, o capítulo 5 dedica-se especialmente a verificar a efetividade do mecanismo de retaliação cruzada permitido pela OMC. Especialmente, trata-se da forma aparentemente mais atraente de retaliação cruzada para os países em desenvolvimento – a suspensão de concessões em TRIPS -, e analisa-se no detalhe o caso EUA-Algodão.

Considerando todos os elementos mencionados até aqui, os temas chave para a solução do problema aqui proposto parecem ter sido incluídos na discussão desta tese. A conclusão tem como objetivo resumir o trabalho realizado e ressaltar importantes resultados produzidos durante o processo de análise e reflexão sobre os dados da tese.

2. EMERGÊNCIA DO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO

O objetivo deste capítulo é apresentar o sistema multilateral de comércio – sua estrutura institucional e princípios –, tendo como pano de fundo a discussão do surgimento de uma economia global sobretudo após a Segunda Guerra Mundial.

Com esse objetivo o capítulo inicia como uma breve reflexão sobre a situação atual das relações internacionais, especialmente no tocante a aspectos relacionados ao direito internacional e ao surgimento de uma economia global na seção 2.1. A fim de reunir dados para analisar a complexidade das decisões de comércio internacional tomando como base a teoria da Direito Internacional Público, das Relações Internacionais e da Economia Internacional, esta seção apresenta elementos essenciais do Direito Internacional e comenta temas relacionados à globalização e ao desenvolvimento econômico, que são considerados importantes para a compreensão da discussão proposta nesta tese.

A seção 2.2 trata da história e desenvolvimento da OMC desde o GATT de 1947, explicando como a OMC se tornou uma das organizações mundiais mais importantes no cenário atual.

A fim de complementar a seção 2.2, a seção 2.3 expõe os objetivos e princípios da OMC juntamente com os objetivos traçados pela Organização e seus membros. Essa seção também esboça um pouco do esforço que a OMC como um todo faz para promover e liberalizar o comércio internacional.

De posse das informações coletadas a partir da revisão do arcabouço teórico escolhido para este capítulo, o estudo prosseguirá para a exploração da problemática central proposta pela tese. O Capítulo 3 complementa essa informação básica ao tratar propriamente da disciplina do sistema de solução de controvérsias e suas peculiaridades, a fim de permitir uma discussão mais detalhada no que se refere à eficácia do sistema e os problemas relacionados a ele.

2.1 Direito Internacional e relações econômicas internacionais: breve apanhado

A disciplina de Direito Internacional engloba diversos termos e definições que podem ser discutidos nesta tese. Ainda que a discussão desses termos não seja o foco principal deste trabalho, faz-se necessário discutir alguns conceitos e terminologias tais como responsabilidade e soberania dos Estados, a fim de que eles sejam devidamente definidos no âmbito deste estudo tendo em vista que, direta ou indiretamente, afetam a reflexão aqui proposta.

Todos os princípios de Direito Internacional são levados em consideração neste trabalho, uma vez que a OMC nasceu e é estruturada por um tratado de direito internacional público entre Estados. Não obstante, os conceitos escolhidos para serem mais profundamente detalhados são a responsabilidade internacional dos Estados Internacional e a soberania Estatal, por serem princípios que estão claramente presentes nas discussões a respeito de cumprimento de decisões adotadas pelo OSC.

As seções 2.1.1, 2.1.2 e 2.1.3 são dedicadas a esclarecer e definir os conceitos considerados mais relevantes para a discussão ensejada nesta tese.

2.1.1 Responsabilidade internacional dos Estados

O Direito Internacional determina que o indivíduo que viola uma regra de direito internacional é responsável pelo ato cometido¹. Este é um princípio majoritariamente reconhecido e sua negação, de acordo com Verdross, implicaria a destruição do direito internacional. Sem tal responsabilização, os Estados não teriam a necessidade de se comportar de acordo com os pressupostos do direito internacional e, assim, não haveria responsabilidade dos Estados².

A responsabilidade internacional dos Estados é um dos pilares das relações internacionais entre esses sujeitos de Direito Internacional. Desde a formação do Estado moderno e o reconhecimento da igualdade soberana dos Estados na Paz de Vestfália em 1648, houve grande dificuldade para os atores das relações internacionais em assimilar suas obrigações sob o direito internacional e, portanto, a responsabilidade que eles têm perante a comunidade internacional.

¹ Verdross, 1967, p. 297.

² Id., p.297.

O reconhecimento da soberania dos Estados vai além da proibição de interferência em assuntos internos de outros países. Ele refere-se também ao limite de liberdade de ação na esfera internacional de um Estado, que é restringida em face da coexistência de muitos outros Estados e são também sujeitos de direitos e obrigações igualitárias na esfera do Direito e das relações internacionais.

A Revolução Francesa pode ser pensada como um marco no final da irresponsabilidade absoluta dos Estados. Com a consolidação do Estado moderno e a promulgação da Constituição Francesa de 1789, a lei internacional impôs de maneira eficaz uma série de obrigações aos Estados que então se tornaram soberanos de maneira equânime e, portanto, igualmente responsáveis. Dessa combinação de fatores surge – como lembra Oppenheim –, do fato de que a responsabilidade internacional do Estado em relação a obrigações de direito internacional é diferente de sua autocracia interna.

A responsabilidade por tais obrigações, de acordo com o autor, é uma “qualidade da cada Estado como agente internacional, sem a qual a Família de Nações não poderia existir pacificamente. A responsabilidade do Estado com relação às obrigações internacionais é uma responsabilidade legal”³. Tendo em vista essas preliminares pode-se concluir *a priori* e seguindo o pensamento de Pierre-Marie Dupuy, que a responsabilidade internacional do Estado “é o epicentro do sistema legal”⁴.

De fato, a crescente interdependência dos países por um lado e a necessidade de uma noção mais flexível da soberania de Vestfália de outro, reafirmam a o aumento diário de interações políticas, econômicas e sociais entre os Estados⁵.

Até hoje os Estados permanecem sendo os principais atores do direito e das relações internacionais, bem como de grande parte das normas internacionais costumeiras ou convencionais que são implementadas a partir da vontade do Estado. Na ausência de uma entidade suprema a qual todos os Estados devam se submeter, o respeito

³ Oppenheim, 1937, p. 273. Livre tradução de: “*quality of every State as an International Person, without which the Family of Nations could not peaceably exist. State responsibility concerning international duties is therefore a legal responsibility*”.

⁴ Dupuy, 1984, p.21.

⁵ Apesar dos benefícios dessas conexões no mundo de hoje é importante ressaltar que essas relações aumentam significativamente a responsabilidade internacional dos países.

ao princípio de responsabilidade internacional tem importância central, uma vez que estabelece e garante - ou tenta assegurar -, a igualdade soberana dos Estados, especialmente quando há quebras de uma obrigação de direito internacional⁶.

A responsabilidade internacional dos Estados está delimitada por práticas históricas e costumes, bem como pelos primeiros conceitos de sujeito que surgiram entre os séculos XVI e XVII, quando os principais esforços para codificar a responsabilidade internacional podem ser identificados somente no início do século XX.

Partindo do argumento de que a responsabilidade internacional dos Estados, especialmente depois da Paz de Vestfália, representa, juntamente com o princípio de soberania nacional, o eixo da relação entre Estados dentro da comunidade internacional. Foi nesse período – entre os séculos XVI e XVII – que os autores preocupados com a legislação internacional começaram a pensar e formular teorias sobre a responsabilidade dos Estados.

O conceito de responsabilidade internacional dos Estados foi redefinido e encontrou possíveis soluções no trabalho de Alberico Gentili⁷. Fortemente baseado em princípios derivados do direito romano, portanto, direito privado, Gentili fundamentou toda sua ideia de responsabilidade na teoria da culpa e engano, assim como nas razões humanísticas sistematizadas por ele sobre a guerra⁸.

Seguindo os desenvolvimentos da legislação internacional, a teoria de responsabilidade internacional dos Estados encontrou no trabalho de Hugo Grotius uma identidade ainda mais forte⁹.

⁶ De acordo com Pereira, a responsabilidade internacional do Estado é a “resposta à ameaça ao equilíbrio geral (evento detonador), que procura direção para remediar a situação causada.”. Ver Pereira, 2000, p.22.

⁷ A forte conexão que Gentili (1552-1608) faz entre o privado e a necessidade de regras e limitações para a comunidade internacional é explicada pelo fato do autor se encontrar imerso num momento histórico de ruptura entre o conceito teológico de comunidade internacional do Renascimento e os primeiros passos da Modernidade.

⁸ Ver Gentili, 2004, p. 39. Gentili viveu num momento significativo da história, na fronteira com a modernidade. Isso explica porque o autor não usou o termo direito internacional, mas sim lei das nações ou lei da guerra, e explica por que Gentili faz fortes conexões em seu trabalho com o direito privado (romano) e a necessidade latente de um direito internacional que regulasse e limitasse o relacionamento entre os Estados.

⁹ De acordo com o autor Manuel Antonio Hespanha, o papel pioneiro atribuído a Hugo Grotius (1578-1645) “na criação de um direito internacional laicizado

Baseado nos escritos deste escritor holandês da escola de direito natural, a teoria de responsabilidade do Estado se desenvolve e de acordo com Roberto Ago, é repetida por Zouch, Pufendorf, Wolff, Cocceio, Burlamarqui, e Vattel. Especialmente a teoria de Vattel dita que um Estado se identifica com seu órgão supremo e não pode ser responsável pelas ações ilegais de seus oficiais ou membros do público, a menos que seja um cúmplice aprovando e ratificando o ato ou refutando a culpa¹⁰.

Anzilotti é o autor que quebrou definitivamente com a teoria clássica de responsabilidade dos Estados, confrontando pressupostos tradicionais ancorados no princípio de responsabilidade internacional em meados do século XX. Anzilotti desconstruiu toda a teoria de culpa civil baseada no Direito Romano e aplicada erroneamente à responsabilidade internacional dos Estados¹¹.

De acordo com o referido autor, a violação de uma regra internacional dá direito a um pedido de compensação por danos. Ao desenvolver sua teoria de responsabilidade internacional dos Estados, Anzilotti afirma que a relação legal que surge entre Estados é o resultado de uma violação do direito, sugerindo uma responsabilidade internacional que tem características essenciais de uma relação de responsabilidade.

Ao contrário, como resultado de uma ação contrária ao direito internacional, a quebra de uma obrigação de direito internacional dá ensejo a uma relação legal entre o Estado que está atuando na contravenção da lei de direito internacional e no Estado que não obteve a obrigação cumprida em seu favor: o primeiro deveria dar uma compensação enquanto o segundo deveria exigir tal compensação.

A partir destas premissas, Anzilotti alcança um conceito objetivo de ato ilegal internacional, que de acordo com o autor consiste em “qualquer violação de obrigação imposta sobre uma norma

explica-se, não apenas pelo caráter mais claramente naturalista de seu pensamento jurídico, mas também pelo facto de Grotius ter escrito num ambiente mais cosmopolita, evocando questões jurídicas que emergiram no contexto europeu conturbado, onde a guerra estava presente, e, com el, os problemas de legitimidade dos meios a utilizar [...]”. Ver Grotius, 2005, p. 17.

¹⁰ Ago, 1978, p. 274

¹¹ Id., p.276.

internacional legal, ou seja, contrária à promessa que um Estado faz a outros”¹².

Na mesma linha de pensamento que Anzilotti, em 1913 Marinoni afirma que o Estado é uma unidade de direito internacional e o possuidor do direito internacional. O Estado, dentro da visão de direito internacional se apresenta como uma unidade de direitos e deveres, diz Marinoni, internamente isso resulta da real diversidade da equipe que em conjunto forma a organização estatal¹³.

Uma conclusão a ser tirada é que as regras de direito internacional não podem se referir somente ao Estado em sua totalidade e unidade. Os direitos e deveres impostos pela ordem legal internacional são acordados pelos Estados e positivados para serem aplicados aos sujeitos de direito internacional. De fato, mesmo como um reflexo direto do dualismo advogado tanto por Anzilotti quanto por Marinoni ao lidar com direitos e obrigações internacionais, estes não podem ser fixados por regras internas. O padrão interno é revestido de poder somente para regular o direito interno da organização do Estado.

A responsabilidade do Estado foi traçada por práticas e costumes históricos e as principais tentativas de codificação apareceram no início do século XX. Em abril de 1930 na Conferência de Codificação de Direito Internacional, a Liga das Nações tentou formular um projeto de responsabilidade internacional por danos causados a pessoas ou bens de outras nações, ainda que nenhum resultado prático tenha emergido dessa tentativa¹⁴.

À medida que o tempo avança as relações entre os Estados é refinada e fortalecida. Assim, é num contexto de gradual internacionalização das relações entre sujeitos de direito internacional que surgem, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, organizações multilaterais robustas para lidar com os mais variados tópicos de interesse das nações.

Acabada a Segunda Guerra Mundial, o legado da Liga das Nações sobre as regras pertinentes à responsabilidade dos Estados foi

¹² Anzilotti, 1964, p. 386. Livre tradução de: “*Fatto illecito internazionale è qualunque violazione di un dovere imposto da una norma giuridica internazionale, ossia contrario ad una promessa di uno Stato ad altri Stati*”.

¹³ Marinoni, 1913.

¹⁴ Esse projeto se constitui de dez artigos que podem ser encontrados no Anuário da Comissão de Direito Internacional de 1956.

transferido para a Organização das Nações Unidas (doravante ONU) a fim de promover a codificação do direito internacional¹⁵.

Assim sendo, a Comissão de Direito Internacional (CDI) apontou em 1963 o relator italiano Roberto Ago que, entre 1969 e 1980, apresentou oito relatórios sobre o tema de responsabilidade internacional dos Estados. A aprovação de trinta e cinco artigos resultou dos relatórios e estudos de Ago e, atualmente, formam a base da codificação do projeto aprovado em 2001 pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

O projeto de 2001 contém cinquenta e nove artigos divididos em quatro partes. A primeira parte lida com o ato internacionalmente ilegal: princípios gerais (Capítulo I), a atribuição de conduta faltosa ao Estado (Capítulos II), a quebra de obrigação internacional (Capítulo III); a responsabilidade do Estado em relação ao ato de outro Estado (Capítulo IV), as circunstâncias que levaram à preclusão de ilegalidade (Capítulo V). A segunda parte trata do conceito de responsabilidade Estatal: princípios gerais (Capítulo I); compensação por danos (Capítulo II); as sérias violações de obrigações de normas peremptórias de direito internacional (Capítulo III). A parte três, por sua vez, trata da implementação da responsabilidade internacional do Estado: a invocação da responsabilidade do Estado (Capítulo I) e contramedidas (Capítulo II). Finalmente, a parte quatro trata das provisões gerais.

Os artigos do Projeto de 2001 buscam formular, de acordo com James Crawford – relator do atual projeto –, através da codificação e desenvolvimento progressivo do tema, as normas básicas de direito internacional de acordo com a responsabilidade dos Estados pelos seus atos ilegais.

A razão para esta breve revisão sobre a responsabilidade internacional dos Estados reside no fato da OMC ser uma organização internacional oriunda de um tratado de Direito Internacional Público, o que significa que toda relação entre membros da OMC se dá sob a tutela desta disciplina.

Ainda, e sem a intenção de aprofundar demasiadamente esse tema, é interessante notar que o atual esboço da Convenção Internacional de Responsabilidade dos Estados deixa claro que segundo o direito internacional, o Estado pode ser responsável pelas ações ilegais

¹⁵ Anuário da Comissão de Direito Internacional 1969, § 41.

e omissões que cometer bem como pelas consequências legais que advenham delas¹⁶.

2.1.2 Mudança de conceito de soberania estatal

A soberania é um dos conceitos fundamentais do direito internacional e faz parte dos princípios que reafirmam a igualdade e independência política dos Estados do Artigo 2 da Carta das Nações Unidas¹⁷.

Os elementos que compõem o conceito clássico de soberania aparecem claramente no cenário internacional do século XVII com o final da Guerra dos Trinta Anos¹⁸. Os tratados de Vestfália que puseram fim a guerra foram um marco para a sociedade europeia daquele século. Pode-se dizer que na medida em que restabeleceram a paz na Europa, os tratados estabeleceram o início de uma nova fase na história política daquele continente: ao mesmo tempo em que eliminaram o poder supremo da igreja, deram aos Estados o direito e o poder de negociar livremente perante a política internacional¹⁹.

No final do século XV foi entendido que a soberania era um poder ilimitado e perpétuo, sujeito somente às leis naturais e divinas. Acreditava-se então na necessidade de concentrar de maneira plena o poder nas mãos do dirigente em direção a seus sujeitos tirando seu poder soberano e transferindo-o inteiramente para o representante divino.

O conceito de soberania foi sistematizado pela primeira vez pelo jurista francês Jean Bodin. Esse autor, um forte defensor da monarquia, examinou o princípio da soberania no seu *Les six livres de la Republique*, no qual ele conceitua a soberania como sendo um poder

¹⁶ Crawford, 2002, p. 74.

¹⁷ Carta das Nações Unidas, 1945.

¹⁸ A Guerra dos Trinta Anos (1618-1648) consistiu numa série de conflitos religiosos e políticos sangrentos, especialmente na Alemanha onde assuntos constitucionais alemães, especialmente a rivalidade entre católicos e protestantes era gradualmente estendida para o resto do continente europeu. Apesar da causa religiosa, o conflito envolveu os esforços da França e Suécia para eliminar a dinastia de Habsburg na Áustria.

¹⁹ De acordo com Daillier, Dinh e Pellet, os Tratados de Vestfália foram descritos como Carta Constitucional Europeia que legalizavam formalmente o nascimento dos Estados soberanos e a nova carta política europeia que resultou deles. Ver Daillier; Dinh; Pellet, 2003.

ilimitado e perpétuo cujos limites são sujeitos somente a leis naturais e divinas²⁰.

O conceito primitivo de soberania do rei era relativo até então, mas com a teoria de Bodin ele se tornou absoluto. O autor deixa claro que a soberania absoluta existe somente quando as pessoas são roubadas de seu poder soberano que é transferido para um governante²¹.

O termo soberania então estava estreitamente ligado à definição do Estado moderno. O Estado se manifesta através da soberania que por sua vez justifica as ações dos Estados absolutos ao atribuir aos mesmos o poder absoluto.

Passada a Idade Média, o poder do Estado foi considerado independente e foi oferecido ao príncipe, incondicionalmente, todo o poder do Estado. A doutrina da soberania foi transformada em absolutismo. Além disso, e de acordo com Jellinek, ao contrário de Bodin que estava inserido nas turbulências das guerras civis, ele pode ter considerado que a única forma de salvação para o Estado estava no reconhecimento da onipotência do rei²².

Ainda assim, Bodin distingue entre soberania interna e soberania externa. O aspecto externo da soberania foi desenvolvido com o surgimento do direito internacional moderno, antes da existência de uma teoria que tratasse da soberania interna. Os aspectos da soberania externa foram desenvolvidos através dos escritos de teólogos espanhóis no século XVI, iniciados por Francisco de Vitoria e depois seguido por Gabriel Vasquez Menchaca, Balthazar de Ayala e Francisco Suarez, todos antes do trabalho do jurista holandês Hugo Grotius. De acordo com Luigi Ferrajoli, o desenvolvimento da doutrina de soberania externa feita por esses autores foi baseado na necessidade de dar apoio legal às conquistas do Novo Mundo depois de sua descoberta²³.

Como o mesmo rigor do autor francês, Thomas Hobbes aparece no século seguinte para reforçar a teoria absolutista de soberania desenvolvida por Bodin. Hobbes inicia então no século XVII a publicar ideias que reforçam os conceitos sistematizados por Bodin, ainda que ele seja contra a origem divina do poder, afirmando que o poder se origina de um contrato político²⁴.

²⁰ Bodin, 1977.

²¹ Id.

²² Jellinek, 2000, p. 415.

²³ Ferrajoli, 2002, p.06.

²⁴ Id., p. 16-17.

Hobbes entendia que a soberania primária pertencia a cada homem antes do contrato e começava a pertencer à autoridade criada a partir do pacto que nunca poderia ser terminado. A autoridade do contrato é “um agente com poder ilimitado, absoluto e inquestionável”²⁵.

Na medida em que o tempo avança, a mudança conceitual do termo soberania pode ser notada em consonância com as formas de organização de poder. A ideia de poder supremo que era o centro da noção de soberania incomodava e fez com que pensadores que discordavam desse pressuposto surgissem.

Rousseau foi o grande pensador contratual depois de Hobbes, adaptando seu conceito de pacto às suas próprias teorias, mas de uma forma bem diferente do autor inglês²⁶.

Para Rousseau a soberania pertence às pessoas. Seu conteúdo é colocado na legislação como uma expressão de vontade geral e todo o poder é estabelecido em favor dos governados. A função do soberano é reforçar as leis e sua função é revogável a qualquer tempo. Entretanto, assim como a soberania de Rousseau é o exercício da vontade geral, ela não pode ser transmitida. A soberania é alienável, indivisível e não é suscetível a representação ou limites²⁷.

Mais recentemente, no início do século XX, ao discutir a legitimidade do poder soberano, Leon Duguit analisou o tema da soberania fazendo uma crítica à sua origem divina, que segundo ele utilizava a onipotência do termo que o estado legitimava para abusar do poder uma vez que o mesmo vem de Deus.

Completamente contra a divina teoria de poder, Duguit argumenta que na França a doutrina do direito divino era afirmada no século XVII, tendo servido para que o rei negasse qualquer supremacia do imperador alemão ou do Papa²⁸.

Também se faz necessário ressaltar que Duguit lida com a responsabilidade de manter o absolutismo a que se refere o princípio de soberania quando se trata das relações internacionais entre Estados. Para

²⁵ Azambuja, 1996, p. 59.

²⁶ Rousseau, 1978.

²⁷ Id., p. 43-46. Inspirado nos discursos de Rousseau, a definição mais conhecida de soberania adotada por muitas constituições se estabelece na Europa, mais precisamente em 1789 na Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

²⁸ Id., p. 154.

confirmar sua teoria, Duguit menciona a Liga das Nações -um “super-Estado”-, que estava acima de todos os Estados que aderiram a ela²⁹.

A noção que inspirou a primeira era do pós-guerra da Liga das Nações foi a de que era necessário evitar que qualquer poder acionasse novamente qualquer calamidade no mundo. Por infortúnio, a maneira como as relações entre os países naquele momento se deu não permitia que a Liga das Nações funcionasse. O conceito de soberania absoluto ainda era forte.

Entretanto, mesmo com a falência da Liga das Nações é possível observar uma grande mudança nas relações internacionais nos anos que se seguiram no século XX. Especialmente após as duas guerras mundiais, a grande maioria dos Estados soberanos se uniu ao mundo globalizado.

Para que se unissem definitivamente, no entanto, países tiveram que ceder parte de sua soberania para se submeter às regras e padrões legais de uma comunidade global à medida que o mundo se tornava uma verdadeira federação de países. O Estado moderno na sua formulação clássica de poder absoluto e soberano faliu³⁰.

As ratificações de instrumentos internacionais, bem como a participação numa organização multilateral requer que o Estado ceda parte de sua soberania interna, o que não implica em uma perda de poder soberano, mas sim, em uma possibilidade de novos padrões de coexistência e colaboração entre Estados.

A história indica que a soberania perde poder absoluto quando são sancionada a Carta das Nações Unidas, em 26 de junho de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 10 de dezembro de 1948, aprovadas pela Assembleia Geral da ONU³¹. Com esses documentos o conceito de soberania absoluta dá espaço a interesses comuns de países no mundo todo. O imperativo de paz e proteção de direitos humanos ganhou maior dimensão e importância.

A norma internacional adquire um status de superioridade em grande parte das constituições nacionais ao redor do mundo. Enquanto isso se poderia observar, como fez Hans Kelsen, que o estado soberano significa que a ordem legal nacional é aquela acima da qual

²⁹ Id., p. 190-191. A Liga das Nações era uma organização internacional concebida primeiramente em janeiro de 1919 em Versalhes. No início as nações vitoriosas na primeira guerra mundial se encontraram nessa data para negociar um acordo de paz.

³⁰ Martins, 1998, p. 13-28.

³¹ Ferrajoli, 2002, p. 39.

não há nenhuma. A única ordem que pode ser superior a lei nacional é a ordem internacional³².

O princípio da soberania então encarou, após da formação do Estado moderno, a promulgação de constituições baseadas na declaração de 1789, e mais recentemente, com a formação da ONU, um processo de relativismo e desconstrução.

Isso também é verdade no escopo da OMC. Quando os Estados decidem se tornar membros da Organização, eles concordam em ser parte de uma instituição onde existem regras que devem ser seguidas e respeitadas; argumentos com respeito à soberania dos Estados não podem ser aceitos quando são utilizados por um membro para eximir de suas obrigações no âmbito da OMC.

2.1.3 Relações econômicas internacionais: globalização econômica

O comércio internacional tem sido uma das conexões mais importantes para o crescimento das relações entre os Estados pelo mundo todo, há muito tempo. A troca de bens e serviços entre nações é uma necessidade das econômicas globalizadas e resulta no fortalecimento contínuo de cooperação multilateral entre os atores de direito internacional.

Como afirma Van den Bossche, o processo de globalização econômica é uma das principais características que definem o mundo hoje, “um processo caracterizado por altos níveis de comércio internacional e investimento direto estrangeiro”³³.

O incremento das relações internacionais entre países ganhou considerável estímulo após a Segunda Guerra Mundial, quando as nações poderosas tiveram que fomentar a reparação dos danos causados pela guerra, e organizações econômicas multilaterais foram criadas para ajudar nesse processo. Naquele momento houve um consenso entre os países vencedores sobre a necessidade de criar instrumentos que pudessem assegurar a paz mundial. Foi com o objetivo de estabelecer e manter a paz, bem como de estimular o desenvolvimento em todos os países do mundo que a ONU nasceu em 1945. Mas durante o pós-guerra e mesmo antes da criação da ONU, especialmente os Estados Unidos mantiveram uma posição de que o

³² Kelsen, 2000, p. 545.

³³ Van den Bossche, 2005, p. 02. Livre tradução de: “*a process characterized by high levels of international trade and foreign investment*”.

mundo precisava de coordenação de interesses econômicos e cooperação financeira internacional.

Logo, os assuntos econômicos foram o foco principal da Conferência de Bretton Woods em 1944 que criou o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial com o objetivo de garantir estabilidade financeira internacional, restringindo especulações financeiras³⁴.

Ainda na conferência de 1944, foi sugerida a criação de um corpo internacional que regulasse as relações de comércio de países e que veio a ser conhecido como Organização Internacional do Comércio (OIC). A OIC nunca saiu do papel, mas deu lugar ao Acordo Geral de Tarifas e Comércio (doravante GATT) de 1947³⁵.

O aumento de relações políticas, sociais e econômicas nos padrões internacionais resulta na progressiva conexão entre os Estados, que se tornam cada vez mais interdependentes. A maior parte das decisões tomadas pelos Estados em nível internacional (ou até mesmo nacional) tem efeitos imediatos nos seus parceiros ou no comportamento de outros países no mundo.

Especialmente com respeito à forte interdependência econômica que o mundo vive atualmente, John H. Jackson comenta que com ela grande riqueza veio aos Estados, imersa numa crescente globalização econômica. E explica: “bens são produzidos onde seus custos são menores; onde consumidores tem mais escolhas; as instituições de produção se pautam pela competição; produtores podem perceber as vantagens da economia de escala”³⁶.

Não obstante, o autor ainda ressalta que grande vulnerabilidade veio juntamente com a interdependência econômica de países uma vez que:

Economias nacionais não ficam sozinhas: forças econômicas se movem rapidamente entre as

³⁴ A conferência se deu um ano antes da fundação da ONU e foi uma espécie de antecipação a ela porém mais focada em assuntos econômicos. Ver Valls, 1997, p. 2.

³⁵ Mais comentários sobre a Conferência de Bretton Woods e seus desdobramentos serão feitos na seção 2.2 deste capítulo.

³⁶ Jackson, 2000a, p. 6. Livre tradução de : “*goods are produced where their costs are lowest; consumers have more choices; production institutions are disciplined through competition; producers can realize the advantages of economies of scale*”.

fronteiras para influenciar outras sociedades. Os déficits do governo nos Estados Unidos podem ter um impacto no seu próprio ritmo que pode empurrar países em desenvolvimento endividados com força para a borda de uma falência. Um embargo ou subida de preço feito pelas nações que mais produzem petróleo pode causar grande desemprego e frustração, falência de fazendas, e altas dramáticas do custo de vida nos Estados Unidos. A recessão em uma parte do mundo é rapidamente sentida em outras partes.³⁷.

David Held e Anthony McGrew afirmam que o termo globalização na verdade foi usado para denotar a interdependência econômica e política que se expandiu rapidamente por volta dos anos 1970. Durante esse período, especialmente nos estados ocidentais, houve uma reflexão sobre a necessidade premente de se repensar as estruturas sociais ortodoxas, políticas e econômicas que ainda governavam naquele momento, e que eram caracterizadas pela forte separação de assuntos internos e externos, relações internas e internacionais, trocas regionais e globais³⁸.

Os efeitos da globalização podem ser sentidos em diferentes áreas de estudo. Para cada área o diagnóstico cultural, político, econômico e social será diferente dependendo das características ou vertentes dos processos analisados. Sem dúvida a globalização é um fenômeno complexo, mas no que interessa a esta tese somente os aspectos econômicos da globalização serão explorados, especialmente no tocante ao comércio internacional.

Apesar disso, é importante manter em mente que, como sugerem Held e McGrew, reduzir a “globalização a uma lógica puramente econômica ou tecnológica é profundamente equivocado uma

³⁷ Id, p. 6. Livre tradução de : “*National economies do not stay alone: economic forces move rapidly across borders to influence other societies. Government deficits in the United States can have an impact on its rate, which can push heavily indebted developing countries to the verge of ‘bankruptcy’. An embargo or price rise implemented by major oil-producing nations can cause deep and frustrating unemployment, farm bankruptcies, and dramatic rises in the cost of living in the United States. A recession in one part of the world is rapidly felt in other parts*”.

³⁸ Held; McGrew, 2003, p. 9.

vez que significa ignorar a complexidade inerente das forças que dão forma às sociedades modernas e ao mundo”³⁹.

Ainda que o reconhecimento de que a teoria da globalização e interdependência é a base das relações internacionais atualmente, esta tese não tem o objetivo de se aprofundar nas diferentes teorias sobre o conceito de globalização e interdependência, uma vez que elas não são o foco do problema proposto. De outro modo, cabe a este trabalho apenas oferecer uma breve revisão do tema, devido à sua importância, para poder pavimentar o caminho das discussões que seguirão.

Não há dúvida que as instituições que surgiram dos Acordos de Breton Woods alavancaram as relações econômicas que podem ser experimentadas hoje. Outras organizações internacionais foram criadas para ajudar a lidar com as demandas do comércio internacional e da economia globalizada, tais como o desenvolvimento do GATT na OMC, a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI).

Vários acordos bilaterais e regionais foram firmados nas últimas décadas, criando um movimento paralelo ao das organizações internacionais. Todos os acordos, ainda que alguns tenham sido inspirados em razões políticas e sociais, sobrevivem e se fortalecem por razões econômicas.

De acordo com os dados da OMC, até o a data de 15 de janeiro de 2012, 511 acordos regionais de comércio haviam sido notificados, um número que aumenta continuamente e que se refere a acordos responsáveis por grande parte do fluxo do comércio. Esse cenário se multiplica ao mesmo tempo em que o sistema de comércio multilateral se aperfeiçoa baseado nos padrões de não discriminação.

Ainda que as práticas protecionistas tenham surgido logo após a Segunda Guerra Mundial, desde a criação do GATT em 1947, o protecionismo abriu espaço para uma gradual liberalização de mercado. O comércio internacional é a base da globalização econômica que envolve a livre movimentação de serviços e investimento estrangeiro direto. De acordo com o conceito de Joseph Stiglitz, a globalização

³⁹ Id., p. 6. Livre tradução de: “*globalization to a purely economic or technological logic is considered profoundly misleading since it ignores the inherent complexity of the forces that shape modern societies and the world*”.

econômica é entendida como sendo uma maior integração dos Estados, suas empresas e cidadãos, com maior redução de custos tanto de transporte quanto de comunicação, “e a quebra de barreiras artificiais ao fluxo de bens, serviços, capital, conhecimento e (em menor escala) pessoas entre fronteiras”⁴⁰.

Um dos aspectos muito positivos da globalização econômica e da liberalização do comércio também se baseia no aumento de fluxo de capital dos países desenvolvidos para os em desenvolvimento, dando maiores oportunidades para crescimento futuro através de mercados de capital globais e de investimentos diretos; a facilitação de comunicação em razão da significativa melhora da comunicação via satélite da internet e; os preços mais baixos do transporte internacional de pessoas.

Esses são exemplos que geralmente caracterizam o processo de globalização econômica. Eles são entendidos como sendo as forças motrizes do processo e espera-se que a expansão do comércio crie ainda mais demanda por capital, transporte e comunicação, enquanto a melhora nas últimas áreas fará o comércio mais eficiente⁴¹.

Ainda que o termo globalização possa ser analisado sob várias perspectivas, em geral subentende-se que o processo de globalização está intimamente ligado a assuntos econômicos. O FMI assimila o conceito de globalização como sendo o “crescimento mundial da interdependência através do aumento do volume e variedade de transações de bens, serviços e fluxo de capital internacional através das fronteiras, bem como através da mais rápida expansão e difusão da tecnologia”⁴².

⁴⁰ Stiglitz, 2002, p. 9. Livre tradução de: “*and the breaking down of artificial barriers to the flow of goods, services, capital, knowledge, and (to a lesser extent) people across borders*”.

⁴¹ Comissão Social e Econômica das Nações Unidas para a Ásia e Pacífico, *Globalization: opportunities and challenges*, p. 5-7. Publicado online em: <<http://www.unescap.org/pdd/publications/regcoop/ch1.pdf>>. Acessado em: 11 Jan. 2011.

⁴² International Monetary Fund, *Globalization: Opportunities and Challenges*, em *World Economic Outlook*, May 1997, p. 45. Livre tradução de: “*growing of economic interdependence worldwide through the increasing volume and variety of cross-border transactions in goods and services and of international capital flows, and also through the more rapid widespread diffusion of technology*”.

Com a facilidade do comércio permitida por uma maior troca de bens e serviços entre países, bem como de tarifas mais baixas sobre produtos, além da maior integração industrial e econômica, o processo de globalização permite uma melhor divisão do trabalho e uma alocação mais eficiente de economias ao mesmo tempo em que aumenta a produtividade e a média de padrão de vida⁴³.

Uma vez que os efeitos do processo de globalização econômica e liberalização do comércio podem ser sentidos por todos ao redor do mundo, discussões sobre esses temas tendem a ser carregadas de emoções. Obviamente esses efeitos não são os mesmos para todos, nem para todos os países, então é claro que a globalização econômica não é sentida da mesma forma nos quatro cantos do planeta.

A globalização econômica e a liberalização do comércio são movimentos que foram pensados para servir num contexto multilateral desde que o GATT saiu do papel em 1948. Apesar disso, países em todo o mundo diferem significativamente no tocante à sua riqueza, desenvolvimento social e econômico, e nesse sentido, o processo de globalização tem tornado a diferença entre países desenvolvidos e em desenvolvimento ainda mais evidente.

Como afirma Van den Bossche, “a globalização econômica e o comércio internacional atualmente dão margem a problemas e tensões tanto em países desenvolvidos quanto nos países em desenvolvimento”⁴⁴. De fato, pode-se dizer que a globalização econômica como um todo pode afetar negativamente diferentes segmentos da sociedade.

Na mesma linha, Robert Gilpin observa que muitos aspectos da globalização que são discutidos atualmente não são novos, e a grande maioria dos cidadãos é excluída desse processo. Ele também comenta que apesar da importância da globalização econômica, ela é um processo limitado e “que não pode ter ou todas as consequências negativas ou todas as consequências positivas atribuídas a ele”⁴⁵.

Especialmente depois do incentivo dado à globalização econômica nas últimas duas décadas, a sociedade global como um todo teve que se adaptar às rápidas mudanças que foram feitas em muitos

⁴³ Id., p. 45.

⁴⁴ Van den Bossche, 2005, p. 14. Livre tradução de: “*economic globalization and international trade currently gives rise to problems and tensions in developed as well as developing countries*”.

⁴⁵ Gilpin, 2000, p. 295-296. Livre tradução de: “*and cannot possibly possess either all negative or all the positive consequences attributed to it*”.

aspectos: cultura, comunicação, transporte, troca de bens, fluxo de capital, serviços transnacionais, etc. A grande maioria dessas mudanças são positivas, mas nem todos os países estavam ou estão prontos para elas em termos econômicos, trazendo assim problemas e tensões.

De acordo com Dani Rodrik, há problemas explícitos no processo de globalização. O autor afirma que:

O processo que veio a ser conhecido como “globalização” está expondo uma grande linha de culpa entre grupos que tem a habilidade e mobilidade para florescer nos mercados globais e aqueles que ou não tem essas vantagens ou percebem a expansão de mercados sem regulamentação como inimigos da estabilidade social e normas profundamente enraizadas⁴⁶.

Realmente, o comércio internacional elaborado pelo GATT e hoje sob a responsabilidade da OMC tem pouca conexão com o comércio justo. Ao invés disso, a globalização econômica que rodeia o comércio internacional tem concedido muito mais privilégios a países desenvolvidos do que aos em desenvolvimento ou aos países menos desenvolvidos no mundo.

Ainda que o discurso dos defensores da economia globalizada e do comércio internacional geralmente trate da liberalização do comércio como sendo um jogo em que todos ganham (*win-win game*), isso não procede, especialmente para os países mais pobres que se uniram ao sistema de comércio multilateral. De fato, como sugerido por Joseph Stiglitz, as rodadas do GATT foram muito injustas para os países em desenvolvimento - e o mesmo parece estar ocorrendo com as rodadas da OMC⁴⁷.

Mais do que isso, Stiglitz afirma que não é apenas uma relação díspar de recursos entre os países, mas sim uma relação díspar de conhecimento. Essa é uma das razões, entre outras, pelas quais a liberalização do comércio tem sido assimétrica⁴⁸. Em especial, as

⁴⁶ Rodrik, 1997, p. 2. Livre tradução de: “*The process that has come to be called ‘globalization’ is exposing a deep fault line between groups who have the skills and mobility to flourish in global markets and those who either don’t have these advantages or perceive the expansion of unregulated markets as inimical to social stability and deeply held norms*”.

⁴⁷ Stiglitz, 2006.

⁴⁸ Ibid.

diferenças econômicas e de capacidade deveriam ser levadas em consideração, e tratadas com cuidado no processo de liberalização do comércio.

Há grandes diferenças entre países desenvolvidos, em desenvolvimento e os menos desenvolvidos que podem ser detectadas apenas ao dar uma olhada rápida no jornal. O objetivo desta tese não é aprofundar essa discussão sobre aspectos outros que não os econômicos, mas é preciso reconhecer que cada sociedade no mundo tem problemas diferentes, e especialmente no tocante a comparação entre sociedades de países pobres e ricos, esses problemas são muito distintos.

Complementando o exposto, Stiglitz argumenta que há assimetrias que são naturais. Por exemplo: se os Estados Unidos subsidiassem algodão (e isso ocorre de fato), essa ação de uma economia enorme como a dos Estados Unidos prejudicaria todos os países em desenvolvimento no mundo que produzem algodão. Se, por outro lado, o Camboja subsidiasse algum tipo de produto, isso não afetaria o mercado global tendo em vista a pequena parcela de mercado que o Camboja representa. Essa é uma das principais razões pelas quais os países em desenvolvimento deveriam ter condições especiais para implementar suas políticas; caso contrário eles dificilmente poderão competir com países ricos⁴⁹.

⁴⁹ Ibid. É importante unificar os conceitos de desenvolvimento econômico já usados nesta seção e que serão repetidos durante todo o trabalho, assim: (a) países desenvolvidos; (b) países em desenvolvimento e, (c) países de menor desenvolvimento relativo. Para a OMC não há definição para países desenvolvidos e em desenvolvimento. Quando países assinam para entrar na Organização, eles se autodeclararam desenvolvidos ou em desenvolvimento. Ao mesmo tempo, entre os atuais 153 membros, 31 países foram declarados menos desenvolvidos (PMDr) pela ONU (mais esclarecimentos sobre o critério de identificação das LDCs podem ser encontradas em: <<http://www.un.org/special-rep/ohrrls/ldc/ldc%20criteria.htm>>. Access in: Jan. 2011). Esta tese não tem a intenção de entrar na esfera da literatura concernente ao desenvolvimento econômico, mas a fim de ter consistência, aceita o status de desenvolvimento dos membros da OMC de acordo com o que é aceito pela Organização. Ainda, toda vez que uma regra ou afirmação pode ser aplicada tanto a países em desenvolvimento quanto aos menos desenvolvidos, esta tese se referirá a esses países como sendo países em desenvolvimento, indiferentemente.

2.2 O surgimento do sistema multilateral de comércio: história e evolução desde o GATT

A fim de discutir o sistema de comércio multilateral é necessário trazer elementos da história e evolução do comércio internacional, levando em consideração especialmente os eventos ocorridos depois da Segunda Guerra Mundial, bem como a organizações internacionais criadas então.

Antes de tratar dos eventos pós-guerra é importante salientar o fato de que as relações econômicas internacionais sob a tutela do direito internacional são governadas principalmente por tratados e não por leis costumeiras⁵⁰. Esses tratados, assim como o que criou a OMC, são responsáveis, em muitos casos, pela criação de uma organização internacional⁵¹.

Como mencionado na seção anterior, foi na Conferência de Bretton Woods de 1944 em Nova Hampshire, nos Estados Unidos (EUA), que os assuntos econômicos foram discutidos após a guerra. Entre os resultados importantes da Conferência estão a Carta do FMI e do Banco Mundial. Também nessa Conferência foram discutidos temas envolvendo comércio internacional, mas a Conferência não reconheceu a necessidade de uma instituição internacional do porte das outras duas para lidar com assuntos de comércio a fim de complementar o FMI e o Banco Mundial.

Essa instituição teria sido a Organização Internacional de Comércio, que deveria ser criada para completar a dimensão de grandes organizações de econômicas internacionais, para cuidar da abertura do comércio a fim de superar o protecionismo que resultou da crise de 1929 e que, nas décadas seguintes, teve impacto nas tensões políticas contribuindo para a eclosão da Segunda Guerra Mundial⁵².

A fim de criar a OIC, e sob a tutela da Comissão Econômica e Social da ONU, seguiu-se uma série de encontros

⁵⁰ Jackson, 2000a, p. 32.

⁵¹ Jackson faz uma distinção entre as diferentes organizações econômicas internacionais, dividindo-as em cinco categorias: instituições de economia gerais, como a OMC; as outras agências especializadas das NU, que tendem a focar em problemas particulares ou setores de esforços tais como a Organização de Agricultura e Alimentos; as organizações regionais como por exemplo a União Europeia; o acordo internacional de bens; organizações mais especializadas como a Organização Mundial de Aduanas. Ibid., p. 32-33.

⁵² Lafer, 1999, p. 29.

preparatórios para a Conferência de Comércio e Emprego da ONU em Havana entre 1944 e 1946.

Uma Comissão Preparatória foi criada fevereiro de 1946 para trabalhar na carta de uma organização internacional de comércio. O primeiro encontro ocorreu em Londres e o trabalho seguiu uma proposta feita pelos Estados Unidos e denominada de *Sugestão de Carta para uma Organização Internacional de Comércio*⁵³.

Como explica Jackson, o trabalho iniciado em Londres continuou em Genebra entre abril e novembro de 1947 onde encontros foram feitos numa Conferência dividida entre três partes principais, quais sejam:

Uma parte lidava com a continuação da preparação de uma carta para uma instituição de comércio internacional grande, a OIC. A segunda focava na negociação de um acordo multilateral de redução de tarifas reciprocamente. A terceira parte se concentrava no esboço de “cláusulas gerais” de obrigações relacionadas a obrigações tarifárias. A segunda e terceira partes, juntas, constituiriam o Acordo Geral de Tarifas e Comércio⁵⁴.

Ainda que houvesse grande avanço nas negociações de Genebra no tocante as provisões do GATT, não era fácil considerar a criação do OIC uma vez que ela tinha que ser, naquele momento, submetida aos parlamentos de alguns países a fim de ser aprovada.

Os vinte e três países ativos nas negociações do GATT em 1º de janeiro de 1948 decidiram aplicar o GATT através do “Protocolo de Aplicação Provisional do Acordo Geral de Comércio e Tarifas” (PAP), previamente criado em 30 de outubro de 1947⁵⁵.

Foi então em março de 1948 em Havana que as negociações da Carta da OIC foram concluídas com sucesso. De acordo

⁵³ Van den Bossche, 2005, p. 79.

⁵⁴ Jackson, 2000a, p. 37. Livre tradução de: “*One part dealt with continuing the preparation of a charter for a major international trade institution, the ITO. A second part focused on negotiating a multilateral agreement to reciprocally reduce tariffs. A third part concentrated on drafting the ‘general clauses’ of obligations relating to the tariff obligations. The second and third parts, together, would constitute the General Agreement on Tariffs and Trade*”.

⁵⁵ Van den Bossche, 2005, p. 80.

com Peter Van den Bossche, “a Carta de Havana deu origem a criação da OIC e formulou regras básicas e disciplinas de comércio internacional e outros assuntos de economia internacional”⁵⁶.

Apesar de ser muito ativo nas negociações, o parlamento dos Estados Unidos não ratificou as resoluções da conferência que resultaram na não criação da OIC. Ninguém queria criar uma organização internacional sem a participação da nação líder da economia mundial⁵⁷.

Logo, o que foi feito foi o esboço de alguns princípios da Carta de Havana, numa tentativa de desenhar um tratado que regesse o comércio sem uma estrutura fixa. Esse tratado deu origem ao GATT de 1947, negociado por vinte e três países, com o objetivo de desenvolver o uso total de recursos no mundo para expandir a produção e troca de bens, e “para promover o comércio mais livre e justo reduzindo tarifas, eliminando barreiras não tarifárias, abolindo a competição desleal, cumprindo e controlando acordos de comércio e a arbitragem de disputas comerciais”⁵⁸.

2.2.1 GATT e seu desenvolvimento até 1994

Como a OIC nunca se concretizou, o GATT foi considerado um compromisso válido sob a tutela da Legislação Internacional através do PAP. Esse Protocolo tinha a afirmação da maneira de implementar o GATT como sendo seu impacto mais importante.

Como explicado por Jackson, a Parte I do GATT continha o princípio de Nação Mais Favorecida - que será explicado mais

⁵⁶ Id., p. 80. Livre tradução de: “*the Havana Charter provided for the establishment of the ITO, and sets out basic rules and disciplines for international trade and other international economic matters*”.

⁵⁷ Jackson aponta que do ponto de vista dos Estados Unidos, o GATT era a autoridade da extensão dos acordos de comércio de 1945 que, da perspectiva da comissão do congresso de 1945 aquele ato não autorizava o presidente a entrar em acordo por uma organização. Por outro lado, o ato de 1945 somente autorizava acordos que reduziam tarifas e outras restrições de comércio. Ver Jackson, 2000a, p. 37.

⁵⁸ Jakobsen, 2005, p. 32. Ver também Hoekman, Kostecki, 2002, p. 37. A criação do GATT foi muito mais complicada, mesmo da perspectiva legal. A intenção aqui é apenas dar uma visão geral do estabelecimento histórico, econômico e político do GATT.

pormenorizadamente na seção 2.3.1 -, que é um dos princípios básicos do sistema de comércio multilateral e das obrigações de concessão de tarifas. A Parte II (Artigos III a XXIII) contém a maior parte das obrigações substantivas principais incluindo os procedimentos aduaneiros, subsídios, antidumping, quotas e tratamento nacional. E a Parte III continha principalmente as regras procedimentais⁵⁹.

Para as obrigações importantes (a grande maioria situada na Parte II), as partes contratantes do GATT eram intituladas ao que foram chamados de *direitos do avô*, aplicáveis a qualquer provisão de legislação de parte contratante quando se tornou contratante, e isso era inconsistente com a obrigação da Parte II do GATT⁶⁰.

Por outro lado, as partes contratantes do GATT devem aceitar cortes tarifários do Artigo II do GATT assim como devem respeitar totalmente a obrigação de Nação Mais Favorecida (NMF) da Parte I⁶¹. A NMF tornou-se um dos princípios básicos mais importantes da OMC depois de 1994 juntamente com o princípio de tratamento nacional. Como disse Theresia Schnell, “as normas substantivas do GATT são não discriminação, reciprocidade, e o direito de tomar uma medida de salvaguarda”⁶². Como esses princípios/normas guiam o sistema multilateral criado pela OMC, eles serão tratados com mais atenção em uma seção separada desta neste capítulo.

Ainda que o GATT não tivesse um secretariado, uma Comissão Interina para a Organização Internacional do Comércio foi criada e uma pequena equipe designada com o objetivo de preparar o campo para a OIC. À medida que o tempo passou, a equipe se tornou a equipe oficial do GATT – o Secretariado do GATT.

As negociações de comércio internacional sob a tutela do GATT se deram em oito rodadas onde nações interessadas em reduzir barreiras comerciais se juntaram em encontros onde os preceitos estabelecidos pelas regras do GATT até 1994 eram seguidas.

⁵⁹ Jackson, 2000a, p. 40.z

⁶⁰ Esta exceção de *direitos de avô* (também conhecido como “exceção de legislação existente”) permitiu a maior parte dos governos, “que senão teriam que se submeter à aprovação da legislação do GATT, que aprovassem o PAP por autoridade executiva ou administrativa sem ir à legislação”. Jackson, 2000a, p. 40.

⁶¹ Id., p. 41.

⁶² Schnell, 2004, p. 5. Livre tradução de: “*the substantive norms of the GATT are non-discrimination, reciprocity, and the right to take ‘safeguard’ action*”.

Com o tempo, as nações interessadas em participar dos encontros do GATT e o volume de negócios aumentou significativamente. Como apontado por Van den Bossche, ainda que o GATT não tivesse sido concebido como uma organização internacional, mas sim como um acordo multilateral para a redução de tarifas, ele ganhou importância e acabaria se transformando numa organização internacional de fato ao longo dos anos⁶³.

O GATT teve muito sucesso na redução de tarifas de comércio de bens. De fato, Vera Thorstensen explica que em 1947 a tarifa de importação média era de 40% enquanto essa média caiu para 5% em 1994⁶⁴. As partes contratantes adotaram a metodologia de rodadas de negócios para negociar as reduções de tarifas e a liberalização do comércio. Houve oito Rodadas de Tarifa durante o período do GATT (de 1947 a 1994)⁶⁵.

Apenas para se ter uma noção da importância que o GATT ganhou, na Rodada de Genebra em 1947, 23 países se tornaram as partes contratantes originais do Acordo e as negociações chegaram a aproximadamente 45 mil concessões de tarifas e 10 bilhões de dólares em negócios. Aproximadamente três décadas depois, a Rodada de Tóquio (1937-79) foi a sétima rodada e envolveu 102 países e 300 bilhões de dólares em comércio⁶⁶.

Apesar disso, a evolução da liberalização do comércio multilateral não aconteceu de maneira linear uma vez que, entre outras razões - e especialmente na década de 1950 -, vários acordos de comércio regionais foram criados. O acordo mais importante daquele período foi a criação da Comunidade Econômica Europeia que criou uma tarifa externa comum. Além disso, como lembra Prazeres, na década de 1970 a economia mundial sofreu fortes crises que incluíram a redução da taxa de expansão do comércio internacional⁶⁷.

Na verdade, após a Rodada de Tóquio, o cenário econômico internacional teve um crescimento econômico muito lento,

⁶³ Van den Bossche, 2005, p. 81.

⁶⁴ Thorstensen, 1999, p. 30.

⁶⁵ As oito rodadas foram assim: Rodada de Genebra 1947; Rodada de Annecy 1948-49; Rodada de Torquay 1950-51; Rodada de Genebra 1955-56; Rodada de Dillon 1960-62; Rodada de Kennedy 1964-67; Rodada de Tokio 1973-79 e; Rodada do Uruguai 1986-94. Ver Koul, 2005, especialmente o primeiro capítulo.

⁶⁶ Koul, 2005, p. 15.

⁶⁷ Ver Prazeres, 2009, especialmente primeiro capítulo.

completamente diferente dos anos anteriores em que as negociações tarifárias estavam aquecidas. A rápida inflação e o alto desemprego caracterizaram o diagnóstico da estagnação econômica daquele período.

Entretanto, como explica Koul, a Rodada de Tóquio teve sucesso uma vez que ela “fez as barreiras não tarifárias visíveis se não eliminadas e também diminuiu as incertezas geradas pelas intervenções governamentais nos mercados, bem como estabilizou o cenário do comércio internacional”⁶⁸.

Devido à importância adquirida pelo GATT em assuntos relacionados ao comércio internacional, havia a necessidade latente de uma instituição, uma organização internacional que lidasse com sujeitos sob a tutela do GATT. Apesar dessa necessidade (e deixando claro que não havia nenhuma clara intenção em criar uma organização internacional quando a Rodada do Uruguai começou), havia um interesse crescente em envolver outros tópicos na disciplina do GATT, tais como o comércio de produtos agrícolas, comércio de tecidos e roupas, comércio de serviços e direitos de propriedade intelectual⁶⁹.

Esses interesses estavam presentes no mandato amplo da Declaração de Punta del Este de 1986. Como mostra Jackson, estavam incluídos na lista de negociações:

[...] trazer produtos agrícolas sob para a disciplina do GATT (um problema que persista através da história do GATT mas que havia resistido reformas nas duas rodadas de negociação anteriores); elaborando mais as regras referentes

⁶⁸ Koul, *Op. Cit.*, p. 19. Livre tradução de: “*made non-tariff barriers visible if not eliminated and also decreased the uncertainties generated by governmental interventions in the markets as well as stabilized the international trading environment*”.

⁶⁹ Jackson apontou o fato de que a “Comunidade Europeia hesitava em prestar atenção ao comércio nos serviços, mas posteriormente percebeu a importância disso para muitos estados membros da Comunidade Europeia (...). Alguns países desenvolvidos estavam extremamente preocupados com as normas que protegeriam os direitos intelectuais às custas das necessidades dos países em desenvolvimento” Jackson, 2000a, p. 44. Livre tradução de: “*the European Community was hesitant to pay attention to trade in services, but later it began to realize the importance of this for many European Community member states (...). Some developing countries were extremely concerned about norms that would protect intellectual property at the expense of developing country needs*”.

aos subsídios além daqueles do Código da Rodada de Tóquio; chamando atenção para os problemáticos acordos de tipo protecionista dos tecidos que existiam de maneira desconfortável num contexto de GATT; e vários outros assuntos⁷⁰.

Claramente os países que foram incluídos na agenda da Rodada do Uruguai não foram escolhidos aleatoriamente. Os Estados Unidos tinha forte interesse em incluir comércio de serviços e direitos intelectuais na liberalização do comércio, uma vez que esses setores estavam ganhando importância na economia internacional, e, ao mesmo tempo, assuntos agrícolas eram interessantes para manter a atenção e estimular países em desenvolvimento a participar das discussões.

Outro tema que estava se tornando importante e precisava ser levado em consideração era o sistema de resolução de disputas. O sistema de solução de disputas do GATT era um dos seus setores mais preocupantes, e com o objetivo de revisá-lo, um grupo de negociação especial que focaria nas regras de resolução de controvérsias foi criado. Mais atenção será dada a esse tema na próxima seção.

Entre os outros problemas do GATT, Barral cita o GATT *à la carte*, que diz respeito à possibilidade de cada parte contratante escolher o acordo específico ao qual desejava se filiar e os *direitos do avô*, permitindo que as partes se ativessem a direitos domésticos pré-existentes⁷¹.

Apesar dos problemas verificados na estrutura e nos procedimentos do GATT, havia dúvidas sobre a sua importância para a liberalização do comércio internacional e a melhora da economia global. Entretanto, a experiência adquirida durante anos antes da institucionalização de uma organização internacional de comércio foi substancialmente importante para delinear os objetivos e necessidades da OMC.

⁷⁰ Ibid. Livre tradução de: “[...] *bringing agricultural goods trade under GATT discipline (a problem that had persisted throughout the history of GATT but that had resisted reforms in the two precious negotiating rounds); elaborating further on the rules regarding subsidies beyond that of the Tokyo Round Code; bringing attention to the troublesome textile protectionist-type arrangements that existed uneasily in the GATT context; and a number of other issues*”.

⁷¹ Barral, 2000, p. 25.

Na verdade o sistema de resolução de controvérsias bem sucedido da OMC, apesar de suas inconsistências - especialmente na fase de implementação -, foi estruturado a partir da observação dos problemas e da necessidade de mudanças para o sistema do GATT.

2.2.1.1 Solução de controvérsias no GATT

O esboço da Carta da OIC exigia um sistema rigoroso de resolução de disputa que iria contemplar o uso efetivo de arbitragem (nem sempre obrigatória), e até mesmo a possibilidade de apelação à Corte Internacional de Justiça em alguns casos⁷².

De acordo com Jackson, o modelo proposto para o GATT poderia ser expresso em três características principais: primeiro a possibilidade de condenação no caso de anulação ou impedimento; segundo, o poder das partes contratantes de não só investigar ou recomendar uma ação, mas também de requerer um determinado comportamento; e terceiro a possibilidade da parte contratante ser autorizada a suspender sua obrigação do GATT com outras partes contratantes⁷³.

O sistema de resolução de disputas do GATT continha dois artigos que basicamente previam a possibilidade de: (i) consultas com respeito a representações que qualquer parte contratante pudesse fazer quando eles se referem à aplicação de regras de alfândega e formalidades, taxas de antidumping e medidas cautelares, regulamentos de quantidade e taxas de câmbio, subsídios, operações de comércio para o Estado, entre outras, e; (ii) proteção de vantagem no caso de uma parte considerar que tem direito a qualquer vantagem direta ou indiretamente, de seu Acordo estar sendo anulado ou reduzido, ou que um dos objetivos do Acordo esteja sendo impedido.

Na primeira década do GATT, as disputas eram resolvidas por meios diplomáticos exclusivamente, através de consultas sobre violações e do trabalho de equipes formadas por membros de governos de países contratantes. Basicamente o que era feito eram negociações fora da corte de arbitragem.

Na década de 1950 houve uma mudança substancial nessa estrutura. Em 1955 uma revisão do Acordo foi feita e várias provisões do GATT sobre o sistema de disputa foram alterados. Foi decidido, por

⁷² Jackson, 1998b, p. 6.

⁷³ Id., p. 7.

exemplo, que as equipes de trabalho deveriam ser substituídas por painéis de experts que atuassem como experts e não como membros dos países⁷⁴.

Uma década depois, decidiu-se criar uma estrutura fixa para o GATT e uma reforma na sua constituição foi feita, criando o Conselho de Representantes, baseado em Genebra e liderado por um diretor e um secretário geral para mediar as disputas de arbitragem⁷⁵.

Mas foi na Rodada de Tóquio - uma das rodadas que mais promoveu liberalização de comércio, com a redução de tarifas no volume de comércio de 300 bilhões de dólares -, que algumas iniciativas reais para melhorar o procedimento de solução de disputas foram levadas em consideração, sob a supervisão da Comissão de Estrutura de Grupo (*Group Framework Committee*). O resultado foi a adoção em 1979 de um instrumento chamado *Entendimento sobre Notificação, Consulta, Solução de Disputa e Vigilância*⁷⁶.

Aquele Entendimento explica os procedimentos para a solução de controvérsias no GATT. Entretanto, apesar das demonstrações para melhorar o procedimento de solução de disputa, o Entendimento de 1979 estava bem abaixo da tendência esperada⁷⁷.

Um grande problema com o procedimento de solução de disputa do GATT era exatamente o consenso do Conselho que era "composto de todos os membros em duas fases chaves do processo: (i) a criação do painel e (ii) a aprovação do relatório do painel"⁷⁸. Como todas as partes contratantes do GATT eram parte do Conselho, isso significava dizer o Estado condenado – que deveria obedecer e implementar as decisões do painel – estava incluído. A regra de consenso permitia que o Estado perdedor bloqueasse o levantamento de objeções do consenso direcionadas a ele. Esta regra, claramente, foi uma das grandes falhas do sistema de solução de disputas do GATT.

Outro problema sério no sistema de solução de controvérsias do GATT era a existência de vários procedimentos diferentes para resolver conflitos. Em outras palavras, cada setor de comércio concordava, sob as regras do GATT, sobre seu próprio

⁷⁴ Jackson, 1998b, p. 8.

⁷⁵ Jakobsen, 2005, p. 37.

⁷⁶ Jackson, 1998b, p. 9.

⁷⁷ Id., p. 10. Livre tradução de: “*composed of all members in two key phases of the process: (i) the establishment of the panel, and (ii) the approval of the panel’s report*”.

⁷⁸ Barral; Prazeres, 2002, p. 31.

mecanismo de solução de disputas. Isso eventualmente geraria uma série de desacordos entre os Estados contratantes e entre os panelistas, já que o sistema se tornava inconsistente cada vez que havia conflitos sobre procedimentos para o uso, e sobre se havia ou não hierarquia entre os procedimentos.

Na Conferência Ministerial de 1982, entre as Rodadas de Tóquio e do Uruguai, a discussão sobre os problemas de procedimento do GATT de resolução de disputas se apresentou como uma das maiores preocupações do sistema, dada a falta de satisfação geral das partes contratantes. Durante essa conferência ministerial, os Estados deram atenção especial ao tema do desenvolvimento e encorajamento de uma nova rodada de comércio. Entretanto, de acordo com Jackson, a discussão avançou pouco⁷⁹. O documento final dessa conferência sugeria a necessidade de retirar a regra de consenso para aprovar o relatório do painel, a fim de que o Estado condenado não pudesse bloquear ou retardar a aprovação.

Entretanto, práticas posteriores que ocorreram depois da resolução de 1982 não revelaram nenhuma mudança. Devido à falta de progresso com relação ao procedimento para solucionar disputas, o assunto foi incluído na Declaração de Punta del Este para ser discutido na oitava rodada das negociações do GATT, a Rodada do Uruguai.

Durante os anos 1980, de acordo com Jackson, enquanto os procedimentos se tornavam mais precisos legalmente, a idéia de que não havia dois tipos de casos no GATT foi desenvolvida: os casos de violação e certos casos de “não violação”, consistindo em casos que não envolviam uma quebra de obrigação, mas sim uma “anulação ou prejuízo”⁸⁰.

Na verdade o artigo XXIII.1 do GATT sobre “anulação ou prejuízo” diz:

1. Se alguma das partes contratantes considerar que algum benefício, direta ou indiretamente sob este Acordo, está sendo anulado ou impedido ou que a obtenção do Acordo está sendo impedida como resultado de
 - (a) Falha de uma das partes contratantes ao levar a cabo as obrigações deste Acordo; ou

⁷⁹ Jackson, 1998b, p. 10.

⁸⁰ Id., p. 10.

- (b) A aplicação por outra parte contratante de qualquer medida que esteja ou não em conflito com as provisões deste Acordo; ou
- (c) A existência de quaisquer outras situações⁸¹.

O primeiro objetivo do sistema do GATT de 1947, esposado pelo sistema de resolução de disputa da OMC de 1994, é a retirada de medidas ilegais sob o artigo XXIII. Este objetivo tem forte conexão com a teoria da responsabilidade internacional dos Estados brevemente revisada na seção 2.1.1 deste capítulo, e está alinhada com as obrigações delimitadas no direito público internacional para cessar o ato ilegal e remediar o dano eventualmente causado.

Ainda, no artigo XXIII já é dada a possibilidade de suspensão de obrigações e retaliação no GATT (aquelas provisões também estão presentes no Entendimento de Solução de Controvérsias da OMC), com uma diferença especial para as relações econômicas internacionais que limitam o direito de retaliação unilateral, a menos que tenha sido aprovada por todas as partes contratantes⁸².

A fim de fazer uma pequena reflexão sobre isso, Petersmann indica que é interessante observar que o artigo XXIII.2 exclui o direito unilateral de suspensão das obrigações do GATT sem a aprovação das outras partes contratantes. Isso é diferente do que foi proposto no artigo 60 da Convenção de Viena sobre Direito dos

⁸¹ Artigo XXIII.1, GATT 1947. Livre tradução de: “1. *If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of (a) Failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement; or (b) The application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement; or (c) The existence of any other situation*”.

⁸² Petersmann explica que “a história do esboço do Artigo XXIII:2 confirma que ele foi elaborado para limitar o direito legal de represálias unilaterais cujo exercício tinha contribuído tanto para a “lei da selva” nos assuntos econômicos internacionais durante a década de 30 [...]”. Petersmann, 1997, p. 82. Livre tradução de: “*the drafting history of Article XXIII:2 confirms that it was designed to limit the customary law right of unilateral reprisals, whose exercise had contributed so much to the ‘law of the jungle’ in international economic affairs during the 1930s [...]*”.

Tratados e que entende que a quebra material de uma obrigação dá o direito à parte afetada de suspender, em todo ou em parte, a aplicação do tratado ao país ofensor⁸³.

Vários aspectos do sistema de resolução de disputa do GATT foram incluídos nas preocupações mencionadas pelas partes contratantes durante a Rodada do Uruguai. Entre os problemas do sistema, havia demora na criação de painéis e na adoção de um relatório de painel, o aumento do não cumprimento com regras do sistema de disputas, bem como a implementação incompleta ou condicional das resoluções advindas do sistema de solução de controvérsias, além da falta de transparência dos procedimentos de resolução de disputas do GATT⁸⁴.

De fato, Jackson também descreve o que ele entendia como sendo as maiores falhas do sistema do GATT, quais sejam: (i) linguagem vaga, com poucos detalhes de objetivos e procedimentos, (ii) falta de precisão de poder das partes contratantes com relação à supervisão do processo de resolução de disputas, (iii) o potencial de bloquear a adoção do painel investido pelo Estado, (iii) segundo possível bloqueio, mais sério que o primeiro, no qual o Estado poderia bloquear e evitar a adoção do relatório aceito pelo Conselho de Representantes, a regra de consenso, uma vez que ela era parte do Conselho, (iv) a fragmentação dos procedimentos de resolução de disputa por causa da existência de vários procedimentos, (v) pressão dos contratantes do governo sobre os membros do painel⁸⁵.

Apesar dos problemas do procedimento de resolução de disputas do GATT, ele foi um sistema importante e muito admirado, tanto que vários interesses de política comercial foram submetidos a ele⁸⁶. Entretanto, como um exemplo de sua importância, Jackson aponta o fato de que o acordo de comércio livre entre Canadá e Estados Unidos de 1988, agora o Acordo de Livre Comércio Norte Americano (NAFTA), ter muitas provisões de seu sistema de resolução de disputa também inspiradas nas provisões do GATT⁸⁷.

⁸³ Ibid. Ver também artigo 60 da Convenção de Viena sobre a Lei dos Tratados sobre “Terminação ou suspensão de operação de um tratado como consequência de sua quebra”, 1969.

⁸⁴ Petersmann, *Op. Cit.*, p. 90-91.

⁸⁵ Jackson, 2000a, p. 135.

⁸⁶ Jackson, 1998b, p. 13.

⁸⁷ Jackson, 2000a, p. 135.

Além disso, as provisões estabelecidas durante o período do GATT foram reconhecidas e esposadas pelo sistema de resolução de controvérsias da OMC. Ainda que as mudanças tenham sido feitas numa tentativa de tornar o sistema mais eficiente e transparente para garantir certo nível de segurança legal para os membros da OMC, os preceitos do GATT de 1947 estão presentes e são levados em consideração no processo de decisão da Organização.

2.2.2 Mudanças em 1994: a formação institucional da OMC

Esta seção é dedicada à estrutura institucional atual da OMC uma vez que se supõe que para um melhor entendimento do sistema de comércio multilateral (e do problema proposto nesta tese), é necessário ter conhecimento da natureza das regras que serão aqui tratadas. Como explica Douglas North, as instituições tem um papel incontestável no desenvolvimento da sociedade e, portanto, exercem influência significativa no desenvolvimento econômico. De acordo com o autor, as instituições são a regra do jogo, os limites que dão condições para as trocas, sejam elas de natureza política, social ou econômica⁸⁸.

Após quase cinquenta anos de negociações sob a tutela do GATT de 1947, a OMC foi criada em 1 de janeiro de 1995 como resultado dos esforços das partes contratantes do GATT, alinhados com a necessidade de aumento de trocas internacionais de bens, serviços, investimentos internacionais e a maior importância dos direitos de propriedade intelectual.

Na Conferência de 1994 de Marrakesh chegou-se ao fechamento da Rodada do Uruguai, iniciada em 1986 em Punta del Este. Entre os resultados mais importantes da rodada estavam, obviamente, a instituição da OMC - assinada por 129 países -, assim como a realização de uma redução considerável de tarifas de produtos industriais. O Acordo de Marrakesh criou a OMC englobando o GATT e todos os acordos e negociações concluídas sob sua tutela com as modificações feitas pela Rodada Uruguai, bem como os resultados completos daquela Rodada.

Entre os principais resultados do Uruguai pode-se citar a criação de vários Acordos para o setor específico de assuntos

⁸⁸ Ver North, 1990.

econômicos, dentre eles o Acordo de Comércio em Serviços (doravante GATS), o Acordo de Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (doravante TRIMS), o Acordo de Roupas e Tecidos, o acordo de aspectos relacionados ao comércio de direito de propriedade intelectual (TRIPS) e um Entendimento de Solução de Controvérsias (daqui em diante ESC) revisado.

A instituição de uma organização internacional criada sob a tutela do direito internacional altera o tipo de compromisso que os Estados assumem quando decidem ser parte dela. Deve-se salientar o fato do GATT não ser uma organização internacional formal, mas sim resultado de um acordo intergovernamental⁸⁹. Por essa razão, como constatado por Hoekman e Kostecki, o GATT não tinha membros, mas sim partes contratantes. Isso significa que o GATT não tinha poder de disciplinar o comportamento dos países signatários, tornando as negociações muito mais difíceis, especialmente quando se tratava de resolução de disputas cujas partes contratantes não exerciam pressão sobre os membros do painel. Entretanto, essa situação mudou completamente quando a OMC foi criada⁹⁰.

De fato, a OMC difere do GATT em muitos aspectos. Enquanto o GATT era uma instituição relativamente flexível, a OMC estabelece regras que são aplicáveis a todos os membros, e todos os membros são obrigados a respeitar os procedimentos de resolução de controvérsias⁹¹.

Com o desenvolvimento do comércio internacional e do expressivo aumento do número de partes contratantes do GATT - que tinha a participação não só de 23 países na primeira rodada, e entrou na Rodada do Uruguai com a participação de 123 países -, claramente era necessário dar uma característica mais legalista à futura Organização Mundial do Comércio⁹². Na verdade, a possibilidade de impor punição

⁸⁹ Para mais reflexões a este respeito ver Ridruejo, 1994, p. 819.

⁹⁰ Hoekman; Kostecki, 2002, p. 37.

⁹¹ Hoekman, 2002, p. 41.

⁹² De acordo com Hudec, dos 23 membros originais do GATT, 10 eram países em desenvolvimento: Brasil, Burma, China, Ceilão, Chile, Cuba, Índia, Paquistão, Síria e Líbano. No final da década de 50, o número de países em desenvolvimento continuou minoria, com 16 contratantes. Somente durante a década de 60 esta situação mudou: sete grandes países em desenvolvimento se uniram ao GATT, e o número aumentou para 36. A grande onda de ascensões das colônias, uma vez que sua independência veio nos anos 70, fez com que dos 77 partidos contratantes que estavam se unindo ao acordo, 52

pela quebra de suas regras fez da OMC uma organização muito popular⁹³.

A estrutura legal resultante dos Acordos da Rodada do Uruguai pode ser bem compreendida quando se olha sua tabela de conteúdos. O capítulo da OMC em si contém somente dez páginas sendo que o acordo da OMC abarca, além dessas dez páginas, quatro anexos extremamente importantes. O Anexo 1 contém os acordos multilaterais que eram obrigatórios para todos os membros, e que foi dividido em três partes: os acordos do GATT de 1994, o GATS e os assuntos relacionados a direitos de propriedade intelectual. Todos os membros deveriam aceitar o Anexo 2 (Entendimento sobre Solução de Controvérsias) e o Anexo 3, que se refere ao mecanismo de revisão de política comercial⁹⁴. O Anexo 4, menos importante, se refere aos acordos plurilaterais que não são obrigatórios.

Na estrutura da Organização, o nível mais alto da OMC é ocupado pela Conferência Ministerial, composta de representantes de todos os membros – hoje em dia a OMC tem 153 membros – que devem se encontrar pelo menos uma vez a cada dois anos. A Conferência Ministerial tem um papel extremamente importante uma vez que ela tem autoridade para tomar decisões em todos os assuntos da alçada de qualquer acordo multilateral de comércio⁹⁵.

Na verdade a Conferência Ministerial trabalha como um órgão supremo dentro da estrutura da OMC, e entre as decisões que ela tem o poder de fazer está o poder de nomear o Diretor-Geral, bem como a adoção de regras para o secretariado da OMC; a concessão de financiamentos; decisões sobre ascensões; adoção de emendas e adoção de interpretações autoritárias nos acordos da OMC⁹⁶.

Na hierarquia da OMC, bem abaixo da Conferência Ministerial está o Conselho Geral, o Órgão de Solução de Controvérsias e o Órgão de Revisão de Política Comercial. O Conselho Geral é composto de representantes de todos os membros que devem se

fossem de países em desenvolvimento. Entre aos anos de 1970 a 1987, o número de partidos contratantes do GATT continuou a crescer e, com exceção da Romênia e Bulgária, todos os novos contratantes eram países em desenvolvimento. Ver Hudec, 1987, p. 23-24.

⁹³ Ver Barral; Prazeres, 2002, p. 28.

⁹⁴ Jackson, 2000a, p. 49.

⁹⁵ A estrutura da OMC.

⁹⁶ Ver acordo da OMC, especialmente artigos VI, IX, X, XII.

encontrar quando apropriado (normalmente uma vez a cada dois meses) nos intervalos da Conferência Ministerial⁹⁷.

O Órgão de Solução de Controvérsias e o Órgão de Revisão de Política Comercial são dois braços do Conselho Geral. Ainda que ambos tenham suas próprias regras de procedimentos e sempre tenham tido diferentes presidentes, eles são intimamente ligados ao Conselho Geral. Na verdade, quando o Conselho Geral lida com o mecanismo de revisão de política comercial, ele age como o Órgão de Revisão de Política Comercial; por outro lado, quando o Conselho Geral administra uma resolução de disputa da OMC, ele age como o Órgão de Solução de Controvérsias⁹⁸.

O Conselho de Comércio de Bens deve supervisionar as atividades e o funcionamento dos Acordos de comércio Multilaterais no Anexo 1A que incluem: o GATT de 1994, Agricultura, Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, Tecidos e Roupas, Barreiras Técnicas ao Comércio, Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio, Antidumping, Valoração de Alfândega, Inspeção pré-carregamento ou despacho, Regras de Origem, Licenças de Importação, Subsídios e Medidas Cautelares e de Segurança. O Conselho de Comércio de Serviços deve supervisionar o funcionamento do GATS – Anexo 1B – e finalmente, o Conselho de TRIPS deve supervisionar o funcionamento do Acordo de TRIPS – Anexo 1C.

A estrutura detalhada da OMC é o resultado de árduo trabalho durante a última Rodada de Negócios do GATT. Entre outras conquistas importantes da Rodada do Uruguai, as que têm o papel mais relevante para este trabalho são as relacionadas aos direitos de propriedade intelectual, ao sistema de resolução de disputas e a integração de países em desenvolvimento⁹⁹.

No que se refere à integração dos países em desenvolvimento, Jackson aponta que o sistema de 1994, ao trazer a disciplina da regra de políticas comerciais para novos países industrializados proporcionou uma integração mais ampla de países,

⁹⁷ O documento da OMC WT/L/161 traz a informação das regras de procedimentos do Conselho Geral.

⁹⁸ Van den Bossche, 2005, p.126.

⁹⁹ De fato, o Acordo TRIPS é uma aquisição importante para o sistema de comércio multilateral, e traz uma nova disciplina de regras internacionais substanciais para complementar a proteção de patentes, direitos autorais, segredos comerciais e assuntos similares de propriedade intelectual, como será visto em detalhe mais adiante.

“dado o requisito de que todos os países tenham agendas de tarifas e serviços, e o estreitamento de certas exceções de países menos desenvolvidos”¹⁰⁰.

Finalmente, além dos conselhos especializados, o acordo da OMC no seu Artigo IV:7 estipula várias comissões e grupos de trabalho para auxiliar o Conselho Geral e a Conferência Ministerial, tais como as comissões de Comércio e Desenvolvimento e a Comissão de Orçamento, entre outras.

É importante notar que, apesar da nova estrutura da OMC ser bem mais desenvolvida organizacionalmente e normativamente do que o GATT, do texto do Artigo XVI: 1, se tem de maneira explícita que a OMC deve ser orientada (*shall be guided*) em suas decisões, procedimentos e práticas pelo trabalho do GATT. Além disso, a história do GATT é um elemento importante de interpretação e entendimento da OMC como instituição, além de que o GATT ainda existe já que está incorporado no Anexo 1A do Acordo da OMC.

2.3 OMC: objetivos e princípios

A OMC foi criada a partir da necessidade das partes contratantes do GATT de ter uma organização internacional de comércio instituída e organizada, em que eles pudessem lidar com assuntos comerciais com segurança jurídica e com a estabilidade de regras e procedimentos relacionados a assuntos de comércio internacional. Com o intuito de oferecer um comércio mais justo, e o aumento do desenvolvimento econômico de todos seus membros, do preâmbulo do Acordo de Marrakesh se reconhece que as relações comerciais multilaterais deveriam ser conduzidas com vistas ao aumento dos padrões de vida, e a fim de garantir empregabilidade total através da expansão da produção comercial de bens e serviços.

A fim de promover desenvolvimento sustentável, os membros deveriam garantir o uso otimizado dos recursos mundiais e prestar atenção à preservação do meio ambiente, incluindo todos os membros de maneira consistente com as preocupações de desenvolvimento econômico em diferentes níveis de seus membros.

Realmente, os acordos realizados no âmbito da OMC deveriam se dirigir a reduções substanciais de tarifas e outras barreiras

¹⁰⁰ Jackson, 2000a, p. 3. Livre tradução de: “given the requirement that all countries have tariff and service schedules, and the narrowing of certain less developed country exceptions”.

para a liberalização do comércio, e a eliminação do tratamento diferenciado assegurando tratamento recíproco e igualmente vantajoso para todos os seus membros. Além disso, esforços positivos tiveram que ser feitos para inclusão de países em desenvolvimento e de países menos desenvolvidos na parcela de crescimento do comércio internacional, levando em consideração suas necessidades especiais.

Na verdade, o esforço para incluir todos os membros na parcela de liberalização e melhora do comércio internacional e globalização econômica está refletido nos princípios da OMC.

A maior parte dos princípios já guiava as negociações durante o período do GATT e foi prevista pela Organização institucionalizada em 1994. Ainda que uma lista taxativa de princípios dos acordos do GATT não possa ser encontrada, os princípios são a base do sistema de comércio multilateral. Além disso, à medida que a literatura os organiza de diferentes formas, alguns dos princípios foram escolhidos para serem apresentados nesta tese por se terem maior relevância para o estudo.

2.3.1 Tratamento da Nação mais Favorecida

O tratamento de Nação Mais Favorecida (NMF) é entendido, juntamente com o princípio do tratamento nacional, como sendo os princípios básicos da não discriminação do GATT de 1947, que foram incorporados à OMC, e estão presentes especificamente no Acordo do GATT de 1994, acordos do GATS e TRIPS. Também, esse princípio é reproduzido em vários acordos regionais.

O tratamento da NMF no GATT se refere a uma obrigação de tratamento isonômico, que implica em dizer que qualquer tratamento favorável dirigido a um país com respeito a importação ou exportação de produtos tem que ser estendida a outros membros do acordo. Significa, como enfatiza Jackson, “uma obrigação de tratar atividades de um dado país estrangeiro ou seus cidadãos tão favoravelmente quanto as atividades de qualquer outro país”¹⁰¹.

Com relação aos bens, a cláusula da NMF se refere à proposta de não discriminação entre bens importados similares de países diferentes. A proibição de discriminar entre produtos afins originados em ou destinados a diferentes membros existe na OMC como um

¹⁰¹ Jackson, 2000a, p. 161. Livre tradução de: “*an obligation to treat activities of a particular foreign country or its citizens at least as favorably as it treats the activities of any other country*”.

incentivo de concessões recíprocas que deveriam se estender para todos os membros da OMC.

Ao interpretar a cláusula de NMF do Artigo 1 do GATT - 1994 pode-se identificar argumentos econômicos e políticos. A respeito dos assuntos políticos, a cláusula da NMF é uma medida política investida de poder para dissolver ofensa em relações internacionais auxiliando a promover multilateralismo ou a diminuição de discriminações, uma vez que prega o tratamento igual a todos os membros da OMC.

Por outro lado, como medida econômica, assegura que os benefícios comerciais negociados entre países se estenda a outros. Ainda, o princípio da NMF também garante os benefícios de barganha durante as negociações entre membros, e tem o efeito multiplicador, uma vez que a cláusula geralmente permite a generalização das políticas de liberalização comercial¹⁰².

Além disso, a cláusula de NMF como uma medida não discriminatória tem um papel preponderante na diminuição das distorções do sistema. Quando restrições comerciais são aplicadas uniformemente, sem levar em consideração a origem dos bens, espera-se que a alocação do sistema econômico de produção de produtos alcance o efeito máximo.

De acordo com o texto do GATT-1994, o tratamento NMF se refere à obrigação de dar a todos os membros vantagens no tocante a taxas alfandegárias, cobranças sobre importações, exportações, taxas internas, regulamentos internos que afetem as vendas, distribuição e uso de produtos e quaisquer outros temas alfandegários.

Como a cláusula da NMF é entendida como um padrão de tratamento igualitário entre nações, ela estabelece um cenário muito favorável ao multilateralismo. Ainda que a cláusula NMF não exista necessariamente no sistema multilateral, políticas que favoreçam a NMF quase sempre favorecem também o multilateralismo.

A cláusula de NMF também pode ser encontrada o Acordo do GATT (Artigo II), no tocante ao comércio de serviços, e no Acordo do TRIPS (Artigo IV) no tocante à propriedade intelectual. No Artigo II:i do GATT há a proibição de discriminação entre serviços a fins e fornecedores de serviços de diferentes países, enquanto no Artigo IV do TRIPS é afirmado que qualquer vantagem, favor, privilégio ou imunidade dada a membro com relação ao direito de propriedade

¹⁰² Ver Koul, 2005, p. 80 e Jackson, 2000a, p. 159.

intelectual a nacionais ou outros países deve ser acordado imediatamente e incondicionalmente pelos nacionais e outros membros.

Note-se que de acordo com Van den Bossche, a obrigação do tratamento da NMF na OMC não se atém somente às vantagens dadas a outros membros, mas a vantagens dadas a todos ou qualquer outro país, incluindo os que não sejam membros da OMC. Isso significa que se um membro da OMC concede uma vantagem comercial para um país que não esteja na OMC, de acordo com o Artigo 1:1 do GATT, o membro é obrigado a dar a mesma vantagem para todos os membros da OMC¹⁰³.

A essência das obrigações não discriminatórias da OMC está no fato de produtos similares, ou serviços similares, serem tratados igualmente sem levar em consideração sua origem. Entre outros casos trazidos para o OSC, o *CE-Bananas III* reclamou sobre o tratamento menos favorável que as bananas vindas da América Latina estavam recebendo em comparação com as bananas vindas de ex-colônias europeias – então conhecidas como países ACP (Antigas colônias da Ásia, Caribe e Pacífico)¹⁰⁴.

Na literatura pertinente às cláusulas das NMF há uma distinção entre tratamento de NMF condicional e incondicional. Sob o tratamento condicional, quando um país dá um privilégio a outro, por exemplo, o país A dá privilégio ao país C, mas A deve o tratamento NMF ao país B, significa que o país A tem que dar a B o mesmo privilégio equivalente. Isso deve ocorrer somente depois do país B ter dado ao país A algum privilégio recíproco. Isso não é o que ocorre na OMC.

Na verdade os Acordos da OMC lidam com a cláusula incondicional de NMF, o que implica em dizer que o país A deve dar privilégios ao país B sem receber qualquer privilégio ou retorno de B. Pode-se dizer que é amplamente aceito o fato das cláusulas incondicionais do NMF ajudarem a espalhar a liberalização do comércio com mais eficiência e de maneira mais rápida. Ao dar as mesmas vantagens a todos os membros da OMC, cada país permite igual acesso ao seu próprio mercado e tem as mesmas oportunidades de acessar outros mercados, de outros países, que qualquer outro membro da Organização.

¹⁰³ Van den Bossche, 2005, p. 312.

¹⁰⁴ OMC, DS27, CE-Bananas III.

Ainda que a cláusula de NMF tenha sido amplamente reconhecida desde o GATT de 1947 como uma obrigação fundamental entre membros do sistema de comércio multilateral, é reconhecido que há quebras e exceções ao tratamento da NMF que permitem regimes de discriminação, e sistemas preferenciais responsáveis por grande parte de todos os movimentos de comércio mundial.

De fato, o texto do GATT havia previsto que antes disso, o Artigo XXIV de seu texto oferecia exceções para sindicatos alfandegários, áreas de livre comércio, e acordos interinos que levavam para qualquer um, desde que elas obedecessem a certas condições.

Por exemplo, no caso da criação da área preferencial, um terceiro país que não fará parte do novo bloco de acordo tem que ter sua situação comercial respeitada e não piorada no tocante aos países que vão ser parte da área preferencial de comércio.

Outras exceções à aplicação da cláusula de NMF e especialmente importante para esta tese são as trazidas pelo Artigo IV do Acordo do TRIPS que determina isenções à obrigação da NMF no caso de vantagem, favor, imunidade ou privilégio derivado de, por exemplo, um acordo internacional ou assistência judicial ou aplicação de lei; dado de acordo com as provisões da Convenção de Berna (1971) ou da Convenção de Roma e; derivando de acordos internacionais relacionados à proteção de direitos de propriedade intelectual que entraram em vigor antes do acordo da OMC ter entrado em vigor¹⁰⁵.

2.3.2 Tratamento Nacional

O núcleo do sistema de comércio multilateral é formado pelos princípios de tratamento da NMF e do tratamento nacional. Ambos esses princípios– que foram colocados em vigor pelo GATT de 1947 e confirmados pelo sistema da OMC em 1994 – tentam assegurar a não discriminação no comércio internacional. Como princípio do NMF, o tratamento nacional também é contemplado nos acordos mais importantes (e obrigatórios) da OMC: GATT 1994, GATS e TRIPS.

O tratamento nacional obriga cada país a dar ao produto importado um tratamento não pior do que é dado para o produto interno. Depois de fazer dos procedimentos de liberação alfandegária, todos os produtos importados devem ter tratamento nacional semelhante a quaisquer produtos domésticos em relação a regulamentos e medidas de taxas. Isso significa que nenhum membro deve aplicar taxas internas ou

¹⁰⁵ Artigo IV, Acordo TRIPS.

quaisquer outras cobranças a produtos importados ou domésticos de maneira diferente da estipulada no parágrafo 1 do Artigo III do GATT¹⁰⁶. De fato, o tratamento nacional se aplica somente às medidas internas e não se preocupa com medidas de fronteiras que são tratadas em outros Artigos do GATT (especialmente Artigo XI).

Com efeito, o tratamento nacional se refere não só a produtos, mas também pode ser aplicado a outras atividades tais como os direitos de propriedade intelectual. De acordo com o Artigo 3 do Acordo TRIPS, foi conferido para os nacionais de cada membro da OMC um tratamento não menos favorável do que cada membro dá para seus próprios nacionais com relação à proteção de propriedade intelectual. O tratamento nacional levará em consideração as exceções já esboçadas na Convenção de Paris de 1967, na Convenção de Berna de 1971, e no Tratado de Propriedade Intelectual com Respeito aos Circuitos Integrados (Convenção de Roma).

Somente a título de referência, o acordo do GATS menciona o tratamento nacional no corpo do seu texto (Artigo XVII), mas o significado do tratamento nacional relacionado a serviços apresenta algumas restrições na literatura. Basicamente é entendido, como afirma Van den Bossche, que o tratamento nacional relacionado a serviços só é aplicável na medida em que os membros da OMC se comprometem explicitamente a dar tratamento nacional com respeito a setores específicos de serviços¹⁰⁷.

A intenção do Artigo III do GATT é – além de promover a não discriminação das relações de comércio internacional –, evitar o protecionismo de membros com relação a produtos domésticos, dando

¹⁰⁶ Artigo III:1 do GATT: “As partes contratantes reconhecem que as taxas internas e outras cobranças internas, e leis, regras e requerimentos que afetem vendas internas, ofertas de venda, compra, transporte, distribuição ou uso de produtos, regras quantitativas internas que utilizem mistura, processamento ou uso de produtos em quantidades ou proporções específicas, não devem ser aplicados a produtos importados ou domésticos a fim de poder garantir a proteção do produto doméstico”. Livre tradução de: “*The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges, and laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production*”.

¹⁰⁷ Van den Bossche, 2005, p. 371.

igualdade de procedimentos e medidas de taxas de bens e serviços, tanto nacional quanto internacionalmente. Um bom resumo é dado no Relatório do Órgão de Apelação da OMC no tocante ao princípio de tratamento nacional, uma vez que afirma que: “O Artigo III da obrigação de tratamento nacional é uma proibição geral do uso de taxas internas e outras medidas regulatórias internas a fim de permitir a proteção do produto doméstico”¹⁰⁸.

Países em geral e especialmente os importadores tem uma tendência a adotar medidas discriminatórias para proteger a produção nacional. Mais do que a aplicação de taxas, há vários regulamentos, barreiras técnicas, medidas sanitárias, entre outras características, que são conhecidas como sendo usadas por países para distorcer o comércio e a competição. Pela regra do Artigo III do GATT, o sistema multilateral de comércio tenta impedir a aplicação das políticas de protecionismo a fim de induzir o comércio justo e a liberalização do comércio.

O tratamento nacional é uma obrigação de grande amplitude que pode ser invocada em muitas situações no tocante a produtos, serviços e direitos de propriedade intelectual. De fato tem sido uma reclamação recorrente no sistema de resolução de disputas do GATT de 1947. Como explica Hoekman, a obrigação cobre taxas e outras políticas que tenham que ser administradas de maneira não discriminatória, entre domésticos afins e produtos estrangeiros, tendo ou não acordado uma tarifa específica¹⁰⁹.

2.3.3 Outros princípios e exceções

Uma lista taxativa de princípios não pode ser encontrada nos textos dos acordos da OMC, mas normas e princípios são pulverizados em textos legais e decisões adotadas pela Organização. Hoekman organiza os princípios em quatro outras categorias - além dos princípios não discriminatórios supramencionados -, dentre os quais três são considerados nesta seção, por seu valor para esta tese.

¹⁰⁸ Relatório do Órgão de Apelação do Japão–Tarifas sobre bebidas alcoólicas WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

¹⁰⁹ Hoekman, 2002, p. 42.

- **Reciprocidade**

O princípio da reciprocidade tem um papel motivador no sistema da OMC e é responsável por distribuir privilégios similares entre países. Tomando um exemplo do comércio internacional, um país pode aceitar abaixar os impostos sobre importados ou barreiras técnicas em troca de concessões iguais ou similares de outro país.

Reciprocidade é o princípio sobre o qual o comércio internacional foi desenvolvido por muito tempo, até os dias atuais. Com relação ao sistema de comércio multilateral, desde o GATT as negociações foram criadas também com base na reciprocidade, a fim de motivar países a abrir seus mercados e receber vantagens equivalentes ou privilégios em troca de outros países. Com efeito, Hoekman afirma que o princípio da reciprocidade reflete o desejo de ter algo em troca (um pagamento) pela liberalização do comércio através do acesso a mercados e constitui uma maneira de limitar a ação livre dos negociantes no processo de liberalização¹¹⁰.

O preâmbulo do GATT e do acordo da OMC ressalta a intenção de alcançar os objetivos da Organização pelos acordos recíprocos e duplamente vantajosos com redução de tarifas bem como de outras barreiras ao comércio e a eliminação de tratamento discriminatório entre nações no tocante ao comércio internacional.

Durante as negociações do GATT a participação dos países em desenvolvimento foi possível e guiado pelo que então se chamava reciprocidade relativa, de acordo com a qual os países em desenvolvimento não tinham que conceder as mesmas vantagens ou privilégios que eles recebiam dos países desenvolvidos, especialmente no tocante às tarifas de concessão.

Entretanto, sob os acordos da OMC os termos de barganha foram alterados pela demanda de países desenvolvidos para que todas as obrigações fossem combinadas numa única através da qual os países tinham que decidir aceitar os acordos multilaterais ou deixar o sistema do GATT. De acordo com Hudec, “essa nova abordagem reestruturou completamente a barganha entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, propondo o pagamento de todas as concessões dos novos países em desenvolvimento simplesmente por concordar em não destruir o acesso ao mercado que eles já tinham”¹¹¹.

¹¹⁰ Hoekman, 2002, p. 43.

¹¹¹ Hudec, 1987, p. 107.

- **Transparência**

Transparência basicamente significa que as regras impostas pelos países com relação ao comércio internacional devem ser publicadas em websites do governo de maneira clara para que possam ser facilmente entendidas. A aplicação dos acordos comerciais requer acesso aos regimes que são mantidos pelos membros.

O princípio da transparência é uma obrigação legal prevista pela OMC e contida no Artigo X do GATT e no Artigo III dos GATS. Em termos gerais, transparência significa que todos os regulamentos de comércio internacional devem ser publicados prontamente, a fim de permitir que governos e agentes de comércio exterior tenham ciência do que se passa em cada país em termos de comércio. Todos os membros devem responder a pedidos de informação por outros membros e notificar a OMC de todas as mudanças de política comercial¹¹².

Entre os benefícios proporcionados pela transparência estão, é claro, a possibilidade dos membros e cidadãos tomarem ciência do que está acontecendo em termos de práticas comerciais de seus próprios países e de países parceiros e ao mesmo tempo, a possibilidade de aprender sobre a OMC e seus procedimentos. Ao dar transparência às ocorrências da Organização, mais legitimação e confiança são ligadas à OMC¹¹³.

- **Compromissos vinculantes e aplicáveis**

Uma das conquistas mais importantes da Rodada do Uruguai foi criação de compromissos vinculantes relativos aos acordos entre jogadores comerciais multilaterais. Acordos comerciais tem pouco (ou nenhum) valor se não forem cumpridos.

Diferentemente do GATT de 1947, a OMC foi criada como um tratado internacional sob a égide do sistema direito

¹¹² Hoekman, 2002, p. 44.

¹¹³ Apesar disso, é importante dizer que há muitas reclamações sobre os procedimentos e práticas da OMC com respeito ao sistema de resolução de disputa e que uma das razões do mandato Doha de 2001 reconhece a necessidade de melhorias e esclarecimentos no Entendimento sobre Resolução de Controvérsias.

internacional público. Daí foi possível denotar que suas regras e acordos tinham força de aplicação com um efeito mais forte do que outras, que haviam sido feitas no âmbito do GATT. Como mencionado anteriormente nesta tese, um tratado internacional produz efeitos internacionais para seus membros, em outras palavras, produz direitos e obrigações para os sujeitos que assinam o tratado.

Na esfera do sistema multilateral, os acordos de tarifas e os acordos sobre cessão feita por membros da OMC são enumerados em listas de concessões (calendário de concessões). Como explica Hoekman, esses calendários estabelecem tetos, o que significa que o membro envolvido não pode aumentar as tarifas além dos níveis acordados sem previamente negociar compensações com o principal fornecedor do produto envolvido. Essas compensações serão estendidas a todos os membros da OMC como consequência natural do processo, uma vez que todos os membros estão legalmente vinculados à regra de tratamento de NMF.

Além disso, Hoekman enfatiza que “uma vez que o acordo de tarifa seja firmado, é importante que não haja a possibilidade de se basear em outro, não tarifário, medidas que tenham efeito de anular ou prejudicar o valor da concessão da tarifa”¹¹⁴.

Com respeito ao tema que importa para este trabalho, o sistema de resolução de disputa tem sido refinado com a implementação de medidas legais para fortalecer as regras do sistema comercial multilateral com a criação da OMC. Inclusive, a Rodada Uruguai negociou e adotou várias reformas a fim de vincular o efeito das decisões e regras da OMC. De fato, Hudec afirma que “o remédio principal usado pelo Entendimento de Solução de Controvérsias da OMC (ESC) é ainda a recomendação legal que faz com que o acusado emende sua conduta”¹¹⁵.

¹¹⁴ Id., p. 43. Livre tradução de: “*once tariff commitments are bound, it is important that there be no resort to other, nontariff, measures that have the effect of nullifying or impairing the value of the tariff concession*”.

¹¹⁵ Hudec, 1987, p. 103. Livre tradução de: “*the primary remedy set forth in the WTO Dispute Settlement Understanding (DSU) is still the legally binding ‘recommendation’ ordering the defendant to bring its conduct into compliance*”.

• **Exceções**

A liberalização é a lei que guia o sistema do GATT/OMC. As regras gerais do sistema são trazidas para o sistema de comércio multilateral com especial atenção para os princípios da NMF, do tratamento nacional, da transparência, além da proibição de restrições quantitativas¹¹⁶.

Entretanto existem exceções à normas de liberalização comercial, que de acordo com Barral podem se encontradas distribuídas no texto do GATT em: (a) exceções permanentes; (b) exceções contingentes; (c) exceções em favor de países em desenvolvimento¹¹⁷:

(a) Exceções permanentes: Artigo XX do GATT 1994 dita exceções gerais enfatizando que nada no Acordo de Comércio de Bens pode se construído para evitar a adoção ou cumprimento de medidas de moral pública e saúde humana ou animal; comércio de ouro e prata, proteção de patentes e direitos autorais, artísticos e tesouros históricos; recursos naturais exauríveis e garantias de bens essenciais. Barral também inclui ente as exceções permanentes os financiamentos (Artigo IX, GATT), segurança nacional (Artigo XXI, GATT) e concessões de negociações;

(b) Exceções contingentes: é dada aos membros a possibilidade de restringir a quantidade ou valor dos bens importados a fim de salvaguardar sua posição financeira externa e seu equilíbrio de pagamentos (Artigo XII a XV, GATT) e a proteção da indústria doméstica nos casos em que uma indústria específica esteja aumentando e seja necessário dar proteção temporária;

(c) Exceções a países em desenvolvimento: lidam com o comércio e desenvolvimento, parte IV do GATT 1994 aponta várias possibilidades disponíveis a países em desenvolvimento a fim de promover o crescimento através do comércio conhecido como ‘de tratamento especial e

¹¹⁶ A previsão das restrições quantitativas foi baseada na previsão do GATT de 1947 que determina uma vez que os membros contratam limitações de tarifas, eles têm que procurar outros mecanismos de proteção da indústria doméstica. Hoje em dia a previsão da eliminação geral de restrições quantitativas é expressa no Artigo XI do GATT de 1994.

¹¹⁷ Barral, 2007, p. 71-72. Ver também Jackson, 2000a, p. 54-57.

diferencial', entre os quais está a possibilidade de não reciprocidade e da cláusula permissiva¹¹⁸.

¹¹⁸ De acordo com a OMC, a Cláusula Permissiva é a base legal da Organização para o Sistema de Preferências Generalizadas (SPG). Países desenvolvidos oferecem tratamento não preferencial não recíproco sob o SPG (tais como taxas baixas ou zero nas importações) para produtos oriundos de países em desenvolvimento. A Cláusula Permissiva também é a base legal para acordos regionais entre países em desenvolvimento e para o Sistema Global de Preferências do Comércio (SGPC). Publicado em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/dev_special_differential_provisions_e.htm>. Acessado em: Jan. 2011.

3. DISCIPLINA DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC

O sistema da OMC para resolver disputas comerciais é o resultado de mais de quatro décadas de experiência com GATT 1947. Ao contrário do GATT 1947, que teve uma abordagem diplomática, o sistema da OMC tem claramente uma orientação legal. Entretanto, a compreensão do sistema de solução de disputas da OMC só é possível através da observação da experiência com a solução de disputas durante o período do GATT, antes da criação da OMC.

De fato, pode-se argumentar que o sistema de solução de controvérsias da OMC foi uma das conquistas mais importantes da Rodada Uruguai. Em 1995 o sistema acrescentou a segurança e previsibilidade que estava faltando nas relações comerciais multilaterais.

Como a solução de disputas é um dos temas centrais para esta pesquisa, é importante e necessário esclarecer sua jurisdição, funções e acima de tudo, os temas relacionados ao cumprimento das decisões adotadas pelo OSC.

As medidas e remédios da OMC são amplamente discutidos entre profissionais e acadêmicos. Esses remédios podem ser defendidos como grandes conquistas da organização uma vez que eles, de alguma forma, tentam punir o violador enquanto compensam a vítima. Apesar dessas conquistas, os remédios usados pela OMC mostram algumas falhas quando confrontados com o poder de economias fortes, grandes jogadores do sistema de comércio multilateral.

Este capítulo é dedicado à exploração de disposições selecionadas do ESC consideradas cruciais à reflexão proposta nesta tese. O objetivo é promover uma visão global dos elementos necessários à maior reflexão do tema; enquanto que a análise de detalhes do sistema de solução de disputa está fora do escopo desta pesquisa.

3.1 Jurisdição do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC

Como mencionado anteriormente, o sistema de solução de disputas da OMC foi feito de acordo com o regime pré-existente do GATT. Isso é tão certo que apesar de ser um sistema orientado por regras, as consultas e negociações – como eram feitas durante o GATT –

, ainda são um passo fundamental antes de prosseguir para a criação de um painel no OSC¹¹⁹.

Antes de prosseguir para a explicação do mecanismo de solução de disputa da OMC, é necessário identificar o que está dentro do escopo de aplicação do sistema. A competência do sistema é ressaltada no Artigo 1 do ESC. De acordo com o primeiro parágrafo, o ESC deve ser aplicado a qualquer consulta ou disputa relacionada aos acordos listados no Anexo 1¹²⁰.

De acordo com o Artigo 1.2 do ESC, as regras do Entendimento devem ser aplicadas em observância das regras específicas presentes em qualquer dos acordos cobertos. Como referência, desde o primeiro parágrafo é possível extrair informação de que o objetivo básico da ESC é evitar conflito¹²¹. É importante notar que o ESC não foi pensado como mecanismo de sanção, mas antes como um mecanismo para evitar conflitos comerciais, e para trazer de volta o equilíbrio das relações comerciais entre países quando há algum tipo de inconsistência.

De fato, várias disposições de ESC enfocam o objetivo do sistema de retirar qualquer inconsistência com os acordos da OMC, assim como assegurar uma solução positiva para eventual disputa. Mais, pela interpretação do entendimento há uma clara preferência para a

¹¹⁹ O processo de consulta já está no texto do Artigo XXII, GATT 1947: “Cada parte contratante deve fazer considerações simpáticas e dar oportunidades adequadas para consulta com relação a tais representações como devem feitas por outra parte contratante com respeito a qualquer tema que afete a operação deste acordo.” Livre tradução de: “*Each contracting party shall accord sympathetic considerations to, and shall afford adequate opportunity for consultation regarding, such representations as may be made by another contracting party with respect to any matter affecting the operation of this agreement*”.

¹²⁰ Artigo 1.1, ESC. Os acordos listados no Apêndice 1 são: (i) Acordo Criando a OMC; (ii) Acordos de Comércio Multilateral e (iii) Acordos de Comércio Plurilateral. Referente aos Acordos Plurilaterais de Comércio, de acordo com o texto do Apêndice 1, sua aplicação “deve estar sujeita a adoção de decisão pelas partes para cada acordo dispondo os termos para a aplicação do Entendimento ao acordo individual”. Publicado online em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-ESC_e.htm#appendix1>.

Acessado em fev. 2011.

¹²¹ Artigo 1.2, ESC.

solução alcançada entre as partes, que é tanto positiva quanto consistente com os acordos da OMC¹²².

As disposições gerais do ESC estão dispostas no Artigo 3 do Entendimento. No primeiro parágrafo o Entendimento estabelece a aderência aos princípios dos Artigos XXII e XXIII do 1947 GATT. Em seguida, reconhece que a solução de disputa é a peça chave no sistema de comércio multilateral, dando segurança e previsibilidade aos membros das relações comerciais¹²³.

Entretanto, de acordo com o Artigo 3, o Entendimento serve não só para preservar os direitos e obrigações dos membros, mas também para esclarecer as disposições existentes. A interpretação das disposições da OMC deve ser feita de acordo com as regras costumeiras de direito internacional público, com referência clara à Convenção de Viena.

É de se notar que o próprio ESC faz referência aos princípios de direito internacional público para guiar os painéis e o Órgão de Apelação¹²⁴. Essa referência vai de encontro com o que foi previamente defendido nesta tese. A OMC é uma organização internacional, estabelecida sob um tratado de direito internacional público. Assim sendo, a OMC está sob a disciplina do Direito Internacional Público (doravante DIP) e tem aí suas raízes.

Mais, como uma organização internacional, princípios gerais de DIP e de responsabilidade do Estado devem ser observados pelos membros e secretariado. Assim, o direito da OMC excede a esfera do DIP, e estabelece seus próprios remédios e responsabilidade estatal para as quebras de suas regras. Isso é permitido pelo DIP e, de fato, como defendido já defendido, o Direito da OMC “desenvolve regras secundárias que desviam, refinam e adaptam o direito internacional geral”¹²⁵.

Como sugerido por Luiz Olavo Baptista, o sistema de solução de disputa da OMC é uma experiência singular de Direito Internacional. O sistema estabeleceu uma jurisdição compulsória para tratar de assuntos relacionados ao comércio, bem como a possibilidade de aplicar sanções aos membros que insistem em manter medidas inconsistentes com as regras da OMC¹²⁶.

¹²² Ver também Jackson, 2002, p. 258.

¹²³ Artigo 3, ESC.

¹²⁴ Ver Matsushita; Mavroids; Schoenbaum, 2003, p. 23.

¹²⁵ Oliveira, 2006, p. 2.

¹²⁶ Ver Baptista, 2007, p. 16.

Em que pese o temor de possíveis problemas que pudessem surgir no cumprimento de um sistema legalista que substituísse a natureza diplomática do GATT; um sistema com mais ênfase na adjudicação do que na negociação tem suas vantagens. Primeiro, o sistema dá mais espaço para o uso de poder político e econômico nos casos envolvendo países com uma considerável diferença de tamanho de mercado. Nesse sentido um sistema legalizado ao invés de um sistema orientado para a negociação deveria ser mais justo ou, no mínimo, mais previsível¹²⁷.

Ainda, um sistema legalista dá mais senso de segurança para suas relações, comerciais, neste caso. Com regras claras para disciplinar as relações, os membros da OMC têm um mapa do comportamento que devem adotar nas suas ações internas e externas no tocante ao comércio. Ao mesmo tempo, os membros têm a possibilidade de reclamar sobre inconsistências de regras da OMC cometidas por outros membros perante um órgão legal.

Um forte argumento em favor de um sistema legalista e judicante se relaciona ao cumprimento de regras da OMC. Há uma inclinação a se acreditar que um sistema legalista resulta num índice mais alto de cumprimento de regras e decisões da OMC. Realmente, como afirmado por Davey, um sistema judicante: (i) desencoraja os violadores de regras porque todos os membros têm conhecimento de que ao violar regras da OMC eles terão que prestar contas; (ii) dessa experiência pode ser concluído que o painel e Órgão de Apelação são normalmente implementados¹²⁸. Na verdade, atualmente há um índice de cumprimento de recomendações e decisões da OMC de aproximadamente 83%¹²⁹.

¹²⁷ Considerando possíveis problemas de um sistema legalista, William J. Davey diz que críticos sugerem que isso criaria conflito na organização e que casos errados seriam quebrados para a organização, minando o sistema do GATT. Davey, 2002, p. 247-251. Também, Robert Hudec indica a possibilidade de casos errados serem apresentados perante o OSC, diminuindo o prestígio do GATT e suas regras. Hudec, 1980. p. 159.

¹²⁸ Davey, 2003, p. 5.

¹²⁹ Davey, 2005, p. 12. O índice geral alto de cumprimento de recomendações da OMC não afeta a importância das apresentações por três razões básicas: (i) ao não garantir o cumprimento das decisões em 100%, o sistema de solução de disputa tem problemas e deve ser revisado; (ii) toda decisão não implementada pode causar problemas econômicos e sociais consideráveis aos membros envolvidos nas disputas – e talvez ao sistema de comércio multilateral como um todo; (iii) o índice de 83% é geral e não reflete o índice de

A questão da jurisdição do OSC se limita aos acordos cobertos pela OMC. Isso significa que a violação de regras de direito internacional que não se refiram a acordos da OMC não devem ser julgadas por painéis e/ou pelo Órgão de Apelação. Apesar disso, não há conexão entre limitação de jurisdição e a lei aplicável nos casos trazidos perante o OSC. Na falta de restrição, os painéis, assim como o Órgão de Apelação, têm liberdade para recorrer às várias fontes de direito internacional para resolver a disputa¹³⁰.

Joost Pauwelyn explica que os painéis também têm jurisdição incidental, com quatro objetivos básicos: (i) interpretar o pedido das partes a fim de isolar o assunto real relacionado ao caso e identificar o centro do pedido; (ii) o princípio da *la competence de la competence*, que se refere à determinação de quando uma jurisdição tem que decidir um assunto; (iii) decidem se alguém deve deixar de exercer jurisdição substantiva ou não que tenha estabelecida de maneira válida; (iv) jurisdição incidental para decidir todos os assuntos relacionados ao exercício de jurisdição substantiva e inerente à função judicial¹³¹.

Finalmente, o sistema de solução de disputa da OMC não tem jurisdição consultiva, somente uma jurisdição contenciosa¹³².

3.2 Procedimentos de Solução de Controvérsias

O mecanismo de solução de controvérsias da OMC é um dos instrumentos mais importantes do sistema multilateral de comércio e é responsável pela eficácia atribuída a essa Organização.

Além do conjunto de regras que tem como objetivo dar previsibilidade e segurança jurídica aos procedimentos do painel da organização, o sistema de solução de disputas da OMC apresenta a característica peculiar de aplicar sanções às quebras de suas regras. Ainda que o ESC não mencione a palavra “sanção”, a possibilidade de compensação e retaliação implica a noção de sanção para lidar com as inconsistências.

De fato, a possibilidade de aplicar sanções é bem limitada em outras organizações internacionais por conta das restrições impostas pelos próprios Estados, ligadas ao conceito vestfaliano de soberania.

cumprimento/cumprimento quando o querelante é uma economia muito menor do que o réu.

¹³⁰ Ver Bartels, 2001, p. 503; Pauwelyn, 2003, p. 456-471.

¹³¹ Pauwelyn, 2003, p. 448.

¹³² Van den Bossche, 2005, p. 190.

Como argumentam Barral e Prazeres, a limitação de outras organizações internacionais eventualmente impõe limites ao direito internacional público¹³³.

Todavia, o mecanismo de solução de controvérsias da OMC é responsável pela criação de um espaço para negociação dentro da Organização para os países envolvidos em disputas. Ainda, o sistema contribui para a redução de distorções arbitrárias de mercado bem como a redução de medidas econômicas unilaterais pelos membros.

Basicamente, o sistema de solução de controvérsias integrado consiste num Conselho Técnico e num Conselho Geral, além dos painéis constituídos pelos árbitros e o Órgão de Apelação permanente. A solução de disputas da OMC consiste então em um sistema unificado com jurisdição mais ampla e escopo menor para impor compras de regras¹³⁴.

Os procedimentos para acessar o sistema são explicados em detalhe abaixo.

3.2.1 Consultas

A fim de ativar o sistema de solução de controvérsias da OMC, o primeiro passo obrigatório é o pedido formal de consulta ao Estado respondente e a notificação ao Conselho Geral da OMC.

A consulta é entendida como sendo uma oportunidade de indagar membros sobre medidas que afetem a operação de quaisquer acordos sob o escopo da OMC. De acordo com o Artigo 4.3, no caso de haver um pedido de consulta, o membro para o qual o pedido for feito deverá responder em até 10 dias de seu recebimento, a menos que tenha sido acordado de outra forma. A fim de alcançar uma solução satisfatória para todos, o membro deve entrar na consulta de boa fé não mais do que 30 dias da data de recebimento do pedido¹³⁵.

Todavia, se um membro não responder a um pedido de consulta em 10 dias de seu recebimento, ou se ele não entrar em consulta dentro de um período não superior a 30 dias – ou outro período mutuamente acordado – então o membro que pediu a consulta pode pedir a formação de um painel¹³⁶.

¹³³ Barral; Prazeres, 2002, p. 28.

¹³⁴ Petersmann, 1997, p. 178.

¹³⁵ Artigo 4.3, ESC.

¹³⁶ Id.

Durante as consultas, as partes envolvidas tentam se colocar a par dos fatos, das possíveis inconsistências e dos argumentos legais do membro reclamado. A esperança da OMC é de que os membros cheguem numa solução sem ter que invocar o processo formal de solução de disputas. O ESC não determina a maneira como as partes devem conduzir a consulta, que fica a critério das partes¹³⁷.

O membro que pedir a consulta deve incluir nela todos os pedidos que considerar relevantes. Isso é tão certo que o Órgão de Apelação, no caso *Índia – Patentes (EUA)* observou que “todas as partes envolvidas na solução de disputa sob o ESC devem ser completamente claras desde o início, tanto sobre seu pedido quanto sobre os fatos envolvidos nesse pedido”¹³⁸.

As consultas podem ser processos individualmente ou em conjunto. As consultas individuais referem-se a consultas entre dois membros, quando um deles requer uma consulta ao outro membro. Por outro lado, as consultas em conjunto são aquelas feitas entre vários membros (individualmente ou em grupos) a outro membro. Há, ainda, uma situação chamada de consulta conjunta que se refere aos casos nos quais alguns membros querem se juntar a um processo de consulta já em curso¹³⁹.

Todo o procedimento de consultas deve ser confidencial, e a participação restrita aos membros envolvidos, e aqueles com permissão de se juntar à consulta. No caso de uma solução mútua não ser alcançada, todo o material relevante é coletado durante as consultas para ser usado como informação pelo painel.

A esse respeito, a confidencialidade exigida pelo Artigo 4.6 do ESC determina que as partes consultantes não mostrem nenhuma informação obtida nas consultas a qualquer outra parte não envolvida naquela consulta. O painel do caso *Coréia - Impostos sobre Bebidas Alcoólicas* confirmou essa informação e afirmou que a essência das consultas é permitir que as partes juntem informação correta e relevante para ajudar os membros a alcançar uma solução mutuamente desejável,

¹³⁷ Ver Davey; Jackson; Sykes, 2002, p. 259.

¹³⁸ *Relatório do Órgão de Apelação, Índia – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products (US) – WT/DS50/AB/R* (16 Janeiro 1998) para. 94. Livre tradução de: “all parties engaged in dispute settlement under the DSU must be fully forthcoming from the very beginning both as to the claims involved in a dispute as to the facts relating to those claims”.

¹³⁹ Ver Li; Mercurio; Yang, 2005, p. 44.

ou no caso de isso não ocorrer, ajudar os membros a apresentar informação apurada ao painel¹⁴⁰.

Além disso, uma consideração que merece atenção é no tocante as regras especiais para os países em desenvolvimento. A fim de ilustrar isso, o contexto das consultas, o Artigo 4.10 do ESC exige que atenção especial seja dada em particular aos problemas dos países em desenvolvimento¹⁴¹. Ainda, o Artigo 12.10 prevê que em casos de consultas que envolvam medidas tomadas por países em desenvolvimento, as partes cheguem a um acordo para estender o período estabelecido nos parágrafos 7 e 8 do Artigo 4¹⁴².

Além da consulta, o ESC estabelece procedimentos feitos de forma voluntária pelas partes na disputa se for acordado. Esses procedimentos estão no Artigo 5, e se referem aos bons ofícios, conciliação e mediação.

Os três procedimentos são tratados pelo ESC como técnicas de solução que também são confidenciais, e podem ser iniciadas ou terminadas a qualquer momento. O conciliador geralmente faz uma proposta escrita para a solução da disputa baseada na sua própria investigação. O mediador é um participante mais ativo que une as partes fazendo sugestões de solução para a disputa¹⁴³.

3.2.2 Painéis

Se as partes não chegarem a um consenso durante as consultas, o Artigo 6 do ESC determina a criação de um painel *ad hoc* composto de três pessoas (excepcionalmente, cinco).

De acordo com o Artigo 6.1, um painel deve ser formado no segundo encontro do OSC depois do encontro no qual o pedido para a formação do painel aparece pela primeira vez como ponto de pauta do OSC¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Relatório do Painel, *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages (EC)* – WT/DS75/R (17 Setembro 1998) para. 10.23.

¹⁴¹ Artigo 4.10, ESC.

¹⁴² Artigo 12.10, ESC.

¹⁴³ Ver Matsushita; Mavroids; Schoenbaum, 2003, p. 27.

¹⁴⁴ Artigo 6.1, ESC diz que: “Se a parte querelante assim o quiser, o painel pode ser criado no último encontro do OSC seguindo aquele no qual o pedido aparecer como item de pauta, a menos que naquele encontro o OSC decida por consenso pela não criação do painel”. Livre tradução de: “*If the complaining party so requests, a panel shall be established at the latest DSB meeting following that at which the request first appears as an item on the DSB’s*

No primeiro encontro no qual o pedido para a formação do painel for feita, o respondente poderá recusar o pedido, forçando outro encontro com novo pedido para o próximo encontro do OSC. Na prática não se nota o respondente geralmente bloqueando o primeiro pedido de painel, com intenção de retardar o processo¹⁴⁵.

É importante notar que o painel deve ser formado no encontro do OSC subsequente, a menos que decidido por consenso para negar sua formação. O consenso negativo é uma inovação importante no sistema de solução de disputa multilateral, implementado pela OMC em 1995.

A fim de formar o painel, o Artigo 6.2 determina quatro condições básicas: (i) o pedido tem que ser escrito (ii) devem haver indicações sobre se houve ou não consultas; (iii) podem haver identificação de medidas sujeitas à disputa e; (iv) o reclamante deve entregar um resumo das bases legais para o pedido¹⁴⁶.

O Artigo 7 do ESC determina que - a menos que acordado diferentemente pelas partes -, dentro de 20 dias da formação do painel, os mesmos devem seguir o que o Entendimento chama de Termos de Referência. Os termos de referência preenchem o objetivo de um processo legal dos painéis da OMC. Eles também fornecem a informação necessária para as partes envolvidas (incluindo terceiros), a fim de que todos estejam cientes e ao mesmo tempo, possam responder no caso¹⁴⁷.

Os juízes do painel são escolhidos entre indivíduos bem qualificados, governamentais ou não, de uma lista mantida pelo Secretariado da OMC. Além disso, os membros do painel devem ser escolhidos em uma maneira tal que assegure a independência dos membros com experiências amplas e diversas¹⁴⁸.

Como pode ser visto em outros textos legais da OMC, há notas especiais no ESC referentes aos países em desenvolvimento. No que se concerne aos painéis, o Artigo 8.10 permite, numa disputa

agenda, unless at that meeting the DSB decides by consensus not to establish a panel”.

¹⁴⁵ Ver Li; Mercurio; Yang, 2005, p. 57.

¹⁴⁶ Artigo 6.2, ESC. Note-se que as consultas não são obrigatórias em cada caso. Essa é a razão pela qual o Artigo 6.2 pede que os membros indiquem se as consultas foram ou não feitas. Para informação detalhada ver Li; Mercurio; Yang, 2005, p. 59-60.

¹⁴⁷ Ver Li; Mercurio; Yang, 2005, p. 73-74.

¹⁴⁸ Artigo 8.1 e 8.2, ESC.

envolvendo um membro de país desenvolvido e um membro de país em desenvolvimento, que pelo menos um painelista seja membro de um país em desenvolvimento, caso assim seja requisitado¹⁴⁹.

Os painéis estão presentes no sistema de solução de controvérsias para assistir o OSC no cumprimento com suas responsabilidades, sob o Entendimento e sob os acordos cobertos pela OMC. Essa é a razão pela qual o painel deve fazer uma prévia apreciação objetiva dos fatos. Ao assistir o OSC, os painéis farão recomendações e estabelecerão regras de acordo com acordos cobertos¹⁵⁰.

Um último tema que merece atenção nesta pesquisa se refere à adoção de relatórios dos painéis. Como o intuito de fornecer tempo suficiente para que os membros considerem o conteúdo dos relatórios dos painéis, o ESC dá 20 dias a partir da circulação para os membros considerarem a adoção do relatório do painel¹⁵¹.

De acordo com o Artigo 16 do ESC, o relatório do painel deve ser adotado num encontro do ESC após 60 dias da circulação, a menos que o OSC decida por consenso não adotar o relatório ou a parte da disputa notifique o OSC sua intenção de apelar.

3.2.3 Órgão de Apelação

O ESC criou outra inovação em 1994 – o Órgão de Apelação –, que é a corte de segunda instância da OMC. Diferentemente dos procedimentos de apelação, conciliação, boas práticas, mediação e painéis de arbitragem, a possibilidade de uma revisão da apelação é algo

¹⁴⁹ Artigo 12.10 (já mencionado) e 12.11 do ESC também apresentam disposições especiais para países em desenvolvimento. Artigo 12.11 dispõe que: “Onde uma ou mais partes seja um membro de país em desenvolvimento, o relatório do painel deve indicar de forma explícita a forma na qual as disposições foram consideradas para o tratamento diferencial ou mais favorável ao membro do país em desenvolvimento que faz parte do acordo coberto e que foi levantado pelo membro do país em desenvolvimento no curso dos procedimentos de solução de disputa”. Livre tradução de: “Where one or more parties is a developing country Member, the panel’s report shall explicitly indicate the form in which account has been taken of relevant provisions on differential and more-favorable treatment for developing country Members that form part of the covered agreements which have been raised by the developing country Member in the course of the dispute settlement procedures”.

¹⁵⁰ Artigo 11, ESC.

¹⁵¹ Artigo 16, ESC.

único no que tange as disputas comerciais internacionais¹⁵². O ESC dá a possibilidade de que qualquer ou ambas as partes apelem da decisão do painel.

O Órgão de Apelação é composto por sete membros indicados para um mandato de quatro anos. Os membros não podem ser afiliados a qualquer governo, e os juízes normalmente trabalham em grupos de três membros. O Órgão de Apelação tem o poder de segurar, modificar ou reverter as interpretações legais adotadas pelo painel¹⁵³.

Além disso, o Órgão de Apelação está autorizado a se basear em seus próprios procedimentos para a operação do Órgão, em consulta com o Presidente do OSC e o Diretor-Geral. Os procedimentos do Órgão de Apelação são chamados “Procedimentos Processuais para Revisão de Apelação” e estão disponíveis no sítio eletrônico da OMC¹⁵⁴.

A revisão do Órgão de Apelação é limitada assuntos relacionados a leis e interpretações legais adotadas pelo relatório do painel. Entretanto, por causa do poder dado ao Órgão de Apelação no Artigo 17.13, a revisão das decisões de painéis estão sendo ampliadas.

De acordo com o artigo 17.5, os procedimentos não devem exceder 60 dias depois que a parte notificou sua decisão de apelar perante o relatório do Órgão de Apelação. A opinião do Órgão de Apelação é final e, assim como ocorre com o relatório do painel, deve ser aceita em 30 dias após a circulação, ou rejeitada pelo OSC com base no consenso negativo¹⁵⁵.

Como apontado por Petersmann, a função estritamente legal do Órgão de Apelação foi entendida como um substituto orientado à regra, frente à prática política do sistema GATT. Os relatórios dos painéis durante o GATT, especialmente durante as negociações da Rodada do Uruguai, estava sendo cada vez mais abusados¹⁵⁶.

Seguindo esta seção, a fase de cumprimento merece atenção especial, por se tratar do momento no qual os membros enfrentam suas maiores dificuldades. A implementação das decisões adotadas pelo OSC por parte membros que violaram as regras da OMC, faz com que assuntos relacionados ao cumprimento e aplicação das decisões do sistema da OMC venham à tona.

¹⁵² Ver Petersmann, 1997, p. 187.

¹⁵³ Artigo 17.13, ESC.

¹⁵⁴ Site oficial da OMC: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_procedures_e.htm>.

¹⁵⁵ Ver Schefer, 2010, p. 136.

¹⁵⁶ Ver Petersmann, 1997, p. 186.

3.3 Implementação

A fase de implementação da decisão é atualmente um tema dos mais sensíveis no tocante ao sistema de solução de controvérsias. De fato, trata-se do tema mais interessante deste capítulo e está intimamente ligado à discussão sobre o cumprimento de decisões da OMC.

O problema envolve não só a dificuldade de implementação propriamente dita no tocante ao Estado réu, mas também a provável falta de responsabilização do violador com vistas a forçar o cumprimento.

Essa seção, então, lida com a implementação de recomendações e regras do OSC¹⁵⁷. Aqui é considerado, por um lado, o objetivo final do OSC de corrigir a inconsistência do sistema e reequilibrar as relações comerciais entre os membros, e por outro lado, o caso do não cumprimento de decisão adotada. Ainda, esta seção irá tratar dos recursos disponíveis para o vencedor em prol a induzir a retirada da medida inconsistente, ou de pedir uma compensação proporcional.

É verdade que o pronto cumprimento de recomendações e regras do OSC é responsável – em grande parte –, pela credibilidade do mecanismo de solução de disputa da OMC. Essa é a razão principal pela qual muita atenção deve ser dedicada ao que ocorre durante o período de implementação.

É conveniente ressaltar que o objetivo principal da fase de implementação de decisões adotadas pelo OSC é induzir o Estado a cumprir, tornando a lei doméstica consistente com as obrigações assumidas perante a OMC. De acordo com o texto do ESC, a decisão do OSC não tem caráter punitivo ou reparador.

Como dito anteriormente, uma vez que o relatório do painel e/ou do Órgão de Apelação é adotado, inicia-se o período de 30 dias nos quais o membro respondente deve decidir sobre suas intenções de implementação. Essa informação deve ser dada no encontro do OSC,

¹⁵⁷ Ainda que o termo recomendação sugira que há discricionariedade da parte para segui-la ou não, esse não é o caso de acordo com o ESC. As recomendações e regras são como as decisões da OSC são tratadas no texto do ESC e são vinculantes. Isso será discutido mais adiante neste capítulo.

momento em que o membro também deve indicar as dificuldades que ele pode ter em implementar a decisão no âmbito nacional¹⁵⁸.

Ainda dentro desse período de 30 dias, o Estado pode pedir o que é conhecido como período de tempo razoável para cumprir a decisão. Considerando as razões do membro respondente, o OSC pode decidir se é impraticável para o membro cumprir imediatamente, e o período de tempo razoável que deve ser considerado.

De acordo com o Artigo 21.3 do ESC, o período razoável de tempo pode ser determinado de três maneiras: (i) uma proposta da parte afetada; (ii) pelo acordo entre as partes em 45 dias, que também podem ser estendidos através de acordo mútuo ou (iii) pela arbitragem vinculante concluída dentro de 90 dias da adoção do relatório¹⁵⁹. O recurso aos procedimentos de arbitragem (Artigo 21.3 (c)) normalmente se dão quando as partes não podem chegar a um acordo no tocante ao período de tempo razoável.

Após determinar se o relatório será implementado imediatamente ou se será necessário estabelecer um novo prazo, o membro da OMC afetado normalmente inicia os procedimentos de cumprimento, tornando a medida consistente dentro dos acordos cobertos.

A fim de supervisionar as melhoras feitas para o cumprimento da decisão do OSC, o Artigo 21.6 determina que o OSC mantenha sob vigilância o cumprimento das regras e recomendações adotadas. Assim, qualquer membro da OMC pode levantar a questão de cumprimento nos 6 meses do estabelecimento do período de tempo razoável¹⁶⁰.

¹⁵⁸ O Membro réu que não retirar imediatamente a medida declarada inconsistente com os acordos da OMC terá que arcar com o ônus de provar por que foi impossível cumprir imediatamente com a decisão da OSC.

¹⁵⁹ Ver Artigo 23, ESC. Este artigo acrescenta que este período não deveria passar de 15 meses depois da adoção do relatório emitido pela OSC. Esse termo é indicativo e o mesmo artigo nota que pode ser estendido ou encurtado, dependendo das circunstâncias do caso. Ver Perez Gabilondo, 2004, p. 223. Jean-Marc Sorel (2004, p. 114) acrescenta que enquanto houver determinação deverá haver uma decisão final dentro de 90 dias seguidos da adoção do relatório, as partes podem acordar na extensão desse período.

¹⁶⁰ Artigo 21.6, do ESC: “A OSC pode manter a observação e cumprimento das recomendações e regras adotadas sob vigilância. O assunto do cumprimento das recomendações e regras pode ser levantado na OSC por qualquer membro a qualquer momento seguindo de sua adoção. A menos que a OSC decida de maneira diversa, o assunto do cumprimento das recomendações e regras deve

Dessa forma e no tocante à aplicação das decisões, o procedimento do ESC prevê dois estágios que funcionam da seguinte forma: (i) o cumprimento voluntário da decisão é esperado e para tanto é estipulado um período de tempo razoável no caso do cumprimento imediata não ser possível, (ii) no caso de não haver cumprimento voluntária da decisão do painel ou do relatório do Órgão de Apelação, existe a possibilidade de compensação ou suspensão de concessão com o Estado que recusa cumprir a decisão, com autorização do OSC¹⁶¹.

Quando o período razoável de tempo termina, e no caso da medida não ter se tornado consistente dá-se início a uma quantificação do dano causado, tecnicamente falando, e essa quantificação pode dar margem ao processo de retaliação.

ser colocado na pauta do encontro da OSC depois de 6 meses seguidos da data da criação do período de tempo razoável conforme o disposto no parágrafo 3 e deve permanecer na pauta da OSC até que o tema seja resolvido. Pelo menos 10 dias antes de cada encontro da OSC, o membro em questão deve dar ao OSC o seu relatório de status por escrito mostrando o progresso de seu cumprimento das recomendações e regras”. Livre tradução de: *“The DSB shall keep under surveillance the implementation of adopted recommendations or rulings. The issue of implementation of the recommendations or rulings may be raised at the DSB by any Member at any time following their adoption. Unless the DSB decides otherwise, the issue of implementation of the recommendations or rulings shall be placed on the agenda of the DSB meeting after six months following the date of establishment of the reasonable period of time pursuant to paragraph 3 and shall remain on the DSB’s agenda until the issue is resolved. At least 10 days prior to each such DSB meeting, the Member concerned shall provide the DSB with a status report in writing of its progress in the implementation of the recommendations or rulings”*.

¹⁶¹ Ver Artigo 22.1, ESC: “1. Compensação e suspensão de concessões ou outras obrigações são medidas disponíveis temporárias no das recomendações e regras não serem cumpridas dentro de um período de tempo razoável. Entretanto, nem a compensação nem a suspensão de concessões ou outras obrigações, é preferível o cumprimento total da recomendação para trazer a medida em conformidade com o acordo coberto”. Livre tradução de : “1. *Compensation and the suspension of concessions or other obligations are temporary measures available in the event that the recommendations and rulings are not implemented within a reasonable period of time. However, neither compensation nor the suspension of concessions or other obligations is preferred to full implementation of a recommendation to bring a measure into conformity with the covered agreements. Compensation is voluntary and, if granted, shall be consistent with the covered agreements”*.

Contudo, antes de permitir o início do procedimento de retaliação, o OSC deve verificar se as ações do membro perdedor na disputa não alcançaram um nível satisfatório para a remoção da inconsistência do sistema. Assim, de acordo com o Artigo 21.5, onde há um desacordo em relação à consistência com um acordo coberto pela disputa, a decisão deve ser feita através de recurso aos procedimentos de solução de disputa dispostos nesse Artigo¹⁶².

É conveniente tratar da confusão que surge na leitura combinada dos Artigos 21.5 e 22.2 do ESC. Enquanto o Artigo 21.5 cuida de um procedimento de cumprimento rápido, o Artigo 22.2 prevê que a parte vencedora pode pedir autorização do OSC para retaliar através de suspensão de concessões comerciais dentro de vinte dias contados do fim do período de tempo razoável¹⁶³.

Em nenhum momento o Artigo 22.2 menciona o procedimento exposto no Artigo 21.5. Assim, ainda que a confusão possa ser questionada e enquanto o texto do ESC não for modificado no sentido de alinhar os conceitos e referências dos dois Artigos, a prática atual da OMC é que a arbitragem sob o Artigo 22.1 deve ocorrer de maneira simultânea ao procedimento de cumprimento ou somente depois do procedimento de cumprimento do Artigo 21.5 tiver terminado¹⁶⁴.

¹⁶² Artigo 21.5 do ESC afirma que: “Onde houver desacordo sobre a existência ou consistência de medidas com um acordo para cumprir com recomendações e regras, tal disputa deve ser decidida através de recurso para esses procedimentos de solução de disputa, incluindo todo recurso possível para o painel. O painel deve fazer o relatório circular dentro de 90 dias depois da data que faz referência a ele. Quando o painel considerar que não pode dar seu relatório dentro desse quadro, deve informar ao OSC por escrito as razões para o atraso juntamente com uma estimativa do período no qual vai submeter seu relatório”. Livre tradução de: “Where there is disagreement as to the existence or consistency with a covered agreement of measures taken to comply with the recommendations and rulings such dispute shall be decided through recourse to these dispute settlement procedures, including wherever possible resort to the original panel. The panel shall circulate its report within 90 days after the date of referral of the matter to it. When the panel considers that it cannot provide its report within this time frame, it shall inform the DSB in writing of the reasons for the delay together with an estimate of the period within which it will submit its report”.

¹⁶³ Ver Matsushita; Mavroids; Schoenbaum, 2003, p. 31.

¹⁶⁴ A bibliografia chama isso de problema de sequência (*sequencing*). Atualmente tem se tornado costumeiro para as partes alcançar um acordo de

Antes de seguir com a discussão sobre medidas de retaliação, como esta tese dá atenção especial ao tratamento dado aos países em desenvolvimento sob a ESC, dois parágrafos do Artigo 21 devem ser abordados.

Primeiramente, de acordo com o Artigo 21.7, o OSC deve considerar a condição do país em desenvolvimento, e considerar outras ações que podem ser aplicáveis às circunstâncias. Da mesma forma, o parágrafo seguinte entende que se o caso for trazido pelo membro do país em desenvolvimento, “o OSC deve considerar não apenas a cobertura de medidas comerciais reclamadas, mas também o seu impacto na economia do país em desenvolvimento em questão”¹⁶⁵.

3.3.1 Remédios da OMC: Medidas de Compensação e Suspensão de Concessões

• Medidas de Compensação

No caso do membro violador não tornar a medida consistente em conformidade com os acordos da OMC num período de tempo razoável, o membro vencedor tem basicamente duas alternativas, quais sejam: pode buscar compensação por danos causados ou, pedir autorização ao OSC para suspender as concessões comerciais ou outras obrigações da OMC, em relação as suas obrigações com o respondente.

As medidas de compensação e suspensão de concessões (também chamadas de contramedidas) sob Artigo 22:1 do ESC são medidas disponíveis como opções temporárias no caso do não cumprimento de recomendações e regras do OSC, dentro do período de tempo razoável.

Como apontado anteriormente, nem a compensação ou a suspensão de concessões ou outras obrigações são as melhores alternativas. Sempre é preferível que o membro cumpra as recomendações e regras do OSC de maneira plena, a fim de cumprir com as medidas adotadas. Ainda, é importante enfatizar que a restrição

procedimentos sob os Artigos 21 e 22. Há casos nos quais as partes começam os procedimentos simultaneamente e depois, se for o caso, suspendem os procedimentos de retaliação do Artigo 22. Para informação mais detalhada ver UNCTAD, 2003, p. 22-23 e; Matsushita; Mavroids; Schoenbaum, 2003, p. 32.

¹⁶⁵ Artigo 21.8, ESC. Livre tradução de: “*the DSB shall take into account not only the trade coverage of measures complained of, but also their impact on the economy of developing country Members concerned*”.

comercial através de contramedidas deve ser um último recurso dentre os oferecidos pelo ESC, e está sujeito a autorização do OSC¹⁶⁶.

Ainda que não sejam as melhores opções, as medidas compensatórias podem ser vistas como um instrumento favorável para que as partes alcancem consenso temporário até que o cumprimento total das recomendações do OSC ocorra. Claro que as formas de compensação têm que ser consistentes com os acordos da OMC.

Uma vez que as medidas de compensação devem estar alinhadas com os acordos cobertos, de tempos em tempos surgem preocupações sobre o princípio da Nação Mais Favorecida – Artigo 1, GATT 1947 –, e a compensação dada a um membro. Como este é um princípio básico de não discriminação da Organização, pode-se argumentar (e de fato foi já se argumentou) que a compensação não deveria ser discriminatória, e deveria beneficiar somente o membro reclamante¹⁶⁷.

Entretanto, entende-se que ainda que a medida de compensação normalmente estabeleça um tratamento mais favorável a um membro, ela não deixa a porta aberta para outros membros requererem o mesmo tratamento sob o princípio da Nação Mais Favorecida. Em tempo, Pérez Gabilondo explica que no que se refere às contramedidas, um tratamento mais flexível considerando a NMF deveria ser aplicado. O autor argumenta que a compensação é uma alternativa comercial entre o reclamante e o reclamado, numa tentativa de evitar retaliação¹⁶⁸.

Caso não seja possível negociar e concordar sobre a compensação entre os membros envolvidos em até 20 dias depois de terminado o período de tempo razoável, o reclamante terá a oportunidade de pedir ao OSC autorização para retaliar e assim, aplicar contramedidas.

¹⁶⁶ Ver Artigo 3.7 e Artigo 22.1, ESC.

¹⁶⁷ Numa determinada ocasião, o Órgão de Apelação reconheceu no caso *European Communities – Poultry* que não havia nada no Artigo XXVIII que sugerisse a compensação negociada nesse quadro pudesse ser isento do cumprimento de um princípio de não discriminação inscrito nos Artigos I e XIII do GATT 1994”. Ver Relatório do Órgão de Apelação das Comunidades Europeias – Medidas que Afetam Importação de Certos Produtos Frigoríficos– (WT/DS/ABR, adotado 23 Julho 1998, para. 100).

¹⁶⁸ Ver Pérez Gabilondo, 2004, p. 234.

• **Suspensão de Concessões**

Diferentemente das negociações bilaterais, nas quais os membros têm liberdade para chegar num consenso sem a interferência da OMC durante as consultas, as contramedidas devem ser aprovadas pelo OSC antes de serem aplicadas. As negociações bilaterais não são permitidas, e é necessário que o membro tenha a permissão da Organização para poder retaliar. Assim, depois de aprovada pelo OSC, o reclamante pode aplicar as contramedidas unilateralmente, sem necessitar da permissão do reclamado.

As contramedidas geralmente são traduzidas em suspensão de concessões comerciais¹⁶⁹, e são, normalmente, chamadas de medidas de retaliação. Como explica Schefer, basicamente elas se referem à sujeição discriminatória do membro reclamado a piores condições comerciais oferecidas pelo reclamante¹⁷⁰.

Assim, as contramedidas geralmente correspondem à retirada das vantagens tarifárias negociadas na OMC. As contramedidas são a suspensão de concessões tarifárias e vantagens aplicáveis aos produtos do território do réu, mas elas também podem representar desvantagens com oportunidades de mercado reduzidas ou outra restrição não tarifária à liberdade comercial.

Quando a OMC refere-se à retaliação, está implícito que os objetivos principais das contramedidas são a indução ao cumprimento do membro demandado à decisão adotada pelo OSC, bem como o restabelecimento do equilíbrio nas concessões recíprocas relacionadas à disputa¹⁷¹.

Como a OMC não interpreta as contramedidas como sanções, estas medidas devem ser equivalentes ao nível de nulidade ou dano em discussão¹⁷². Isso significa que não há espaço para danos punitivos sob a OMC, e a retaliação pode ocorrer à medida que ela impõe custos ao réu iguais aos custos que adviriam do cumprimento. Além disso, a equivalência mencionada no Artigo 22.4 não permite danos proporcionais, uma vez que a equivalência é definida como o nível de nulidade ou prejuízo¹⁷³.

¹⁶⁹ Artigo 22.2, ESC.

¹⁷⁰ Schefer, 2010, p. 147.

¹⁷¹ Ver Barral, 2004, p. 43; Jackson, 2000b e; Hudec, 2000.

¹⁷² Artigo 22.4, ESC.

¹⁷³ Ver Schefer, 2010, p. 149 e; Matsuchita; Mavroids; Schoenbaum, 2003, p. 87.

O Artigo 22.3 do ESC traduz um mapa de como os membros devem proceder com a retaliação. De acordo com os princípios expostos nesse Artigo, o membro reclamante deve primeiro buscar a suspensão das concessões ou outras obrigações relacionadas ao mesmo setor no qual a violação foi encontrada.

Se o reclamante entender que não é viável ou efetivo suspender as concessões dentro do mesmo setor, o ESC permite que o membro busque a suspensão de concessões ou outras obrigações em outros setores, sob o mesmo acordo. Finalmente, o Artigo 22.3 (c) determina que se um membro (e o OSC) considerarem que as circunstâncias são suficientemente sérias, e que a suspensão de concessões ou outras obrigações relacionadas a outros setores não é nem prática nem eficiente, a parte reclamante pode buscar a suspensão de concessão ou outra obrigação sob outro acordo coberto¹⁷⁴.

Com relação ao instrumento de suspensão de concessões comerciais, o parágrafo (c) do Artigo 22.3 é particularmente importante para esta pesquisa. Esse parágrafo permite a possibilidade de retaliação cruzada na OMC, que será analisada mais adiante.

• **Efetividade da Suspensão de Concessões**

A efetividade do procedimento de retaliação é duvidosa. Ela depende, em grande escala, da importância econômica relativa do membro que a adota, e é mais evidente quando há uma clara diferença de poder econômico entre membros.

Ainda que se diga que o mecanismo de solução de disputa da OMC tenha dentes para morder os membros que não cumprem com as decisões adotadas, na verdade a efetividade da suspensão de concessões comerciais é desafiada pela enorme diferença de tamanho de mercado que pode estar disputando no jogo comercial.

Como sugerido pela teoria de jogos, os jogadores sempre tentarão levar a cabo ações que garantam o melhor resultado a eles. Nesse sentido, a ameaça é crível para os jogadores se eles souberem que ela será concretizada. É aí que reside o problema e esse é um dos temas centrais desta tese.

Os atuais 153 Membros da OMC têm diferenças econômicas, sociais e políticas significativas. Ainda que esses aspectos possam ajudar ou atrapalhar no momento da suspensão de concessões,

¹⁷⁴ Artigo 22.3, ESC.

os aspectos econômicos e políticos ganham maior ênfase no momento de aplicar o cumprimento de decisões adotadas pelo OSC.

O mesmo é verdade quando a retaliação é aprovada. Tanto a influência política quanto a ameaça de perda econômica considerável podem impedir a maioria dos membros da OMC (países em desenvolvimento) de colocar em prática ações de retaliação.

Atualmente os países em desenvolvimento representam o maior número de membros do sistema de comércio multilateral. Ao longo dos anos, esse grupo de países tem proposto várias alternativas para a criação de acordos que possam garantir um tratamento especial a eles. Por exemplo, a criação da UNCTAD, estabelecida para promover uma “integração amigável entre países em desenvolvimento e o mundo econômico”¹⁷⁵.

A participação das economias em desenvolvimento durante o GATT 1947 era considerada reduzida. A principal razão para isso era o fraco poder de barganha dos países, bem como a falta de um sistema de segurança jurídica, uma vez que o GATT tinha um ambiente puramente de negociação e/ou diplomacia.

É verdade que a situação atual mudou. Atualmente, os países em desenvolvimento estão fazendo uso do sistema de solução de controvérsias com uma frequência sem precedentes, principalmente como reclamados. Isso é parcialmente explicado, de acordo com Barral, pelo aumento de competitividade nesse grupo de países dentro do mercado global¹⁷⁶.

Muitas críticas são atribuídas ao sistema de solução de controvérsias, especialmente no tocante aos procedimentos de implementação e retaliação. Problemas de cumprimento de decisão do OSC em nível nacional, e mais que isso, a falta de instrumentos para retaliar de maneira eficiente as partes perdedoras tem um papel importante entre os problemas do ESC.

A crítica dos países em desenvolvimento é especialmente forte quando se faz necessário induzir o cumprimento de uma decisão do OSC contra um país desenvolvido, com uma economia de grande porte.

A taxa de cumprimento de decisões do OSC é alta, é verdade. Num artigo sobre os 10 primeiros anos do sistema de solução

¹⁷⁵ Livre tradução de: “*development-friendly integration of developing countries into the world economy*”. Ver UNCTAD. Disponível em: <www.unctad.org/templates/Page.asp?intItemID=1530&lang=1>. Último acesso em: 29 Maio 2011.

¹⁷⁶ Barral, 2004, p. 24.

de disputa, Davey apresenta uma análise que mostra 83% de sucesso no cumprimento de decisões da OMC. Sem dúvida, esse é um recorde impressionante para um sistema de solução de disputas internacionais¹⁷⁷.

Todavia, é verdade que o alto índice de cumprimento também leva em consideração as decisões que não foram totalmente cumpridas – por causa de um acordo entre as partes. Entretanto, o número reflete a taxa de cumprimento geral, não a taxa de cumprimento considerando somente os países em desenvolvimento como querelantes e os países desenvolvidos como réus. Isso será tratado mais adiante nesta tese.

Desde sua criação em 1995, o OSC lidou com 436 disputas (número atual em abril de 2012) e dessas controvérsias, a retaliação foi multilateralmente aprovada em oito casos, nas seguintes disputas: *EC-Bananas*, *EC-Hormones*, *US – Gambling*, *US-Cotton Subsidies*, *US-FSC*, *US-Byrd Amendment*, *Brazil-Aircraft* e *Canada-Aircraft*.

Ainda que o sistema do GATT exigisse a aprovação para o procedimento de retaliação (incluindo a aprovação necessária do membro violador), não se tratava de um instrumento muito popular. Inclusive, por causa da necessidade de consenso, de 1947 até 1995 a retaliação foi autorizada somente uma vez durante o período do GATT¹⁷⁸.

Contudo, o sistema da OMC funciona com a lógica contrária. Ainda que o procedimento de retaliação deva ser aprovado num fórum multilateral, ele funciona com o consenso negativo. Isso significa que se as suspensões de concessões forem consideradas equivalentes e apropriadas no fórum multilateral, elas podem ser automática e unilateralmente postas em ação pelo reclamante.

Há diferentes vertentes de opiniões no tocante à efetividade dos procedimentos de retaliação da OMC. Ainda que autores como Alan Sykes defendam que esse sistema não precisa ser corrigido e funciona de modo satisfatório, essa não é a posição da maior parte dos pesquisadores ligados a OMC¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Davey, 2005b, p. 46-48.

¹⁷⁸ Ver Bown; Pauwelyn, 2010, p. 2 e; Jackson, 2000c. p. 182. As partes contratantes do GATT autorizaram suspensão de concessões sob Artigo XXIII do GATT num caso trazido pela Holanda contra os EU. A Holanda alegou uma restrição de importação inconsistente com o GATT imposto pelos EU em produtos lácteos importados pela Holanda.

¹⁷⁹ Ver Sykes, 2009. Neste artigo Sykes explica por que ele acredita que o sistema de solução de disputa da OMC tem “evoluído uma moda razoavelmente

A retaliação comercial implica restrição comercial. Menos acesso a mercados, exclusão de concessões comerciais e imposição de medidas protecionistas são alguns dos danos que podem ser vislumbrados no uso de suspensão de concessões. Esses resultados estão em completa oposição ao desejado pelo acordo da OMC.

Em razão do fato de as restrições comerciais não estarem em acordo com os objetivos da OMC de liberalizar o comércio e aumentar o acesso aos mercados estrangeiros, a retaliação comercial ainda é um instrumento controverso. Mas isso não é tudo.

Mais que produzir restrições comerciais, a suspensão de concessões do ESC provou ser um instrumento ineficaz em vários sentidos, uma vez que ele é (i) opcional e (ii) não produz uma ameaça real quando as disputas tem uma economia em desenvolvimento como reclamante.

Esse fato é importante não só porque ele é o objeto central desta tese, mas também porque os países em desenvolvimento, como dito anteriormente, estão usando o sistema cada vez mais, à medida que adquirem maiores parcelas do mercado mundial a cada dia.

A efetividade (ou a falta dela) tem que ser interpretada em conjunto com os objetivos da retaliação na OMC. Para tanto, Joost Pauwelyn oferece uma interpretação interessante sobre os objetivos da suspensão de concessões, dividindo-as em dois objetivos principais: a compensação e as sanções.

Os objetivos de compensação, divididos entre a retirada da medida de violação (reequilíbrio) e/ou a compensação dos danos estão focados no reclamante. Ao contrário, o objetivo de sanção está focado no membro violador, e pretende induzir o cumprimento da regra e/ou punir o reclamado¹⁸⁰.

O entendimento do objetivo da retaliação em cada caso importa porque o mesmo pode ter impacto material. O objetivo vai influenciar a maneira de definir o cálculo e tipo de retaliação para alcançar o resultado esperado. Neste caso, note-se que a suspensão de concessões, de acordo com o ESC, tem que ser, além de eficaz, equivalente e apropriada ao nível de nulidade e prejuízo em questão.

Entretanto, quando há a intenção de sancionar um membro violador, o OSC pode ser acionado para considerar um nível de retaliação mais alto do que o estabelecido pelo Artigo 22.4 do ESC.

defensível e satisfatória em resposta a várias pressões competitivas.” Sykes entende que o sistema não está quebrado e não requer reparo. Sykes, 2009, p.1-2.

¹⁸⁰ Pauwelyn, 2010a, p. 37-38.

Em verdade, quando se fala em sancionar o violador, considerando um nível de retaliação mais alto, implicaria em dizer que quando a parte quer induzir o cumprimento, ela deve considerar a possibilidade de tomar medidas contra setores da economia mais sensíveis ao membro violador. Isso inclui produtos politicamente sensíveis e ou a suspensão de concessões em acordos diversos.

Pauwelyn explica que se, diferentemente, o objetivo da retaliação é o de compensar os países lesados, provavelmente a referência mais apropriada seja considerar a perda dos lucros ou danos à economia, sofridos pela vítima. Por outro lado, se é aceito que o objetivo da retaliação é restabelecer o equilíbrio nas concessões comerciais entre as economias em questão, uma boa medida de comparação aqui seria o valor da perda considerando o fluxo bilateral de comércio, ou os efeitos comerciais¹⁸¹.

Entretanto, o mesmo autor explica que nenhum desses são os objetivos das contramedidas, mas sim o reequilíbrio comercial entre os países. Um nível equivalente de comércio dever ser fixado através da criação de, por exemplo, uma tarifa proibitiva, mantendo fora tanto comércio quanto na violação original. E finalmente, se o objetivo da retaliação é compensar os países que foram vítimas das inconsistências originais reclamadas, então é entendido que o membro reclamante deveria retaliar contra setores específicos da economia ou produtos que de fato compitam com sua indústria doméstica¹⁸².

Vale a pena comentar, ainda, que todos os remédios previstos no ESC implicam uma retaliação prospectiva. Isso significa que os remédios só são disponíveis depois de um longo processo de disputa (que pode levar vários anos). Os danos causados à economia vítima podem ser, no final dessa disputa, irreversíveis.

De fato, na prática os membros somente conseguem a compensação ou exercitam seu direito de suspender concessões de forma prospectiva. Isso implica que a carga ilegal é mantida através do procedimento de solução de disputa.

A esse respeito, numa proposta feita pelo México para esclarecer e melhorar o ESC, o país colocou a possibilidade de adotar medidas preventivas no caso de dano sério – em que há dificuldade de reparação –, a medida em questão deveria ser imediatamente suspensa¹⁸³. De fato, a possibilidade de adotar medidas cautelares já

¹⁸¹ Ver Pauwelyn, 2010.

¹⁸² Id., p. 39.

¹⁸³ OMC, 2002, TN/DS/W/23.

existia no Acordo de Antidumping e no Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias. Elas eram aplicadas quando as autoridades, preocupadas com o caso, julgavam que medidas cautelares eram necessárias para evitar que dano fosse causado durante a investigação¹⁸⁴.

Em posse dessas medidas, os membros que sofressem dano difícil de reparar teriam a chance de ter a medida contestada suspensa, ou então evitar maiores danos se fosse o caso. Ainda, isso eliminaria a tentação dos membros de responder a medida contestada pela imposição de maiores medidas que poderiam afetar terceiros.

Qualquer que seja o caso, a suspensão de concessões comerciais ou a aplicação de contramedidas sempre significa exclusão do mercado ou, pelo menos, maior dificuldade de acesso a ele. Dependendo da disputa em questão, um caso da OMC pode ter seus efeitos negativos espalhados para grande parte do sistema comercial multilateral, e muitos países podem vir a sofrer com isso. Mais do que outros membros, um país que dependa em grande escala do comércio internacional definitivamente será mais prejudicado se sujeito a contramedidas.

Sabe-se que a retaliação pode ser, em maior ou menor grau e dependendo do mercado que está suspendendo as concessões, um tiro no pé. Tanto o mercado interno quanto os consumidores sofrerão seus efeitos, e se a economia em questão for pobre, a aplicação de contramedidas definitivamente não é uma opção¹⁸⁵.

Ainda que o índice de cumprimento de decisões da OMC não pareça ser, *a priori*, um grande problema, a execução de decisões e a eficácia do mecanismo de suspensão de concessões são, sem dúvida, temas que preocupam os membros.

As contramedidas apresentadas atualmente pelo ESC são de má política. Seu cumprimento é considerado um problema ainda maior, uma vez que os membros da OMC que podem pagar o preço da violação, não serão responsabilizados pelo dano causado às vítimas de suas ações. De fato, em 2000 Pascal Lamy (na época o comissário responsável por assuntos relacionados ao comércio internacional na

¹⁸⁴ Ver Proposta do México, TN/DS/W/23, p. 4. Ver também Artigo 7 of the Anti-dumping Agreement (Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994) e Artigo 17.1 of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures.

¹⁸⁵ Ver Matsushita; Mavroids; Schoenbaum, 2003, p. 92-93.

Comunidade Europeia), deu uma entrevista onde declarou que: “desde que se pague a penalidade, alguém pode sair como está”¹⁸⁶.

A questão de responsabilidade do Estado também é motivo de preocupação. Ainda que a OMC seja reconhecida como um tratado de direito internacional público, parece que há uma tendência a esquecer desse fato. Se um membro decide não cumprir com uma decisão da OMC e puder pagar o preço, suas medidas violadoras continuarão a causar dano às economias de outros membros. Lamentavelmente é assim que o sistema funciona, apesar da característica do sistema de solução de controvérsias da OMC de ter dentes ser amplamente divulgada.

O Direito do Comércio Internacional – o Direito da OMC – não pode ser emancipado do direito internacional geral. O Direito do Comércio Internacional é um braço do Direito Econômico Internacional que por sua vez, é uma das ramificações do Direito Internacional Público. As especificidades do Direito da OMC não justificam um tratamento diferenciado e separado do ramo de direito internacional geral. Isso é tão verdade que as contramedidas da OMC, por exemplo, refletem as contramedidas do direito internacional público¹⁸⁷.

Realmente, as contramedidas como são apresentadas pelo ESC foram elaboradas a partir da prática costumeira de contramedidas adotadas no direito internacional público. Entretanto, as semelhanças entre as contramedidas da OMC e as contramedidas do direito internacional público, e a condição na qual a Organização reconhece as contramedidas como sendo remédios, deixa claro que há uma correspondência e até, unidade de sistemas¹⁸⁸.

Esse é o motivo pelo qual foi sugerido, desde o primeiro capítulo desta tese, que a quebra de uma obrigação da OMC é, de fato, uma quebra de obrigação de direito internacional. Essa é uma forte hipótese defendida nesta pesquisa. Com essa crença, a reparação e responsabilidade internacional devem ser consideradas presentes nos acordos da OMC, uma vez que toda lei da OMC está dentro do contexto do direito internacional.

Por infortúnio, isso não corresponde à prática atual e esse seria um tema para outra tese de doutorado.

¹⁸⁶ Ver Press and Communication Service Brussels, N. 3036, May 2000. Ver também Matsushita; Mavroids; Schoenbaum, 2003, p. 93. Livre tradução de: “As long as you pay the penalties, you can go as you are”.

¹⁸⁷ Ver Perez-Aznar, 2005.

¹⁸⁸ Ibid.

Preliminarmente, então, é entendido nesta tese que a eficácia do instrumento de suspensão de concessões como remédio para a quebra de obrigações da OMC tem pouca ou nenhuma força. O procedimento de retaliação só pode acontecer quando os membros envolvidos na disputa tem relativamente (i) a mesma força econômica e (ii) influência política. Além disso, a opção de cumprir ou não com decisões adotadas pelo OSC, como parece ser o entendimento difundido entre os membros, não encoraja a obediência e aplicação de regras comerciais multilaterais.

4. DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES DA OMC

It has been argued by some that WTO member finding itself in a losing position in the WTO dispute settlement system has a free choice on whether or not to actually implement the obligations spelled out in the adopted Appellate Body or panel reports: the alternatives being simply to provide compensation or endure retaliation. This is an erroneous belief. [...] To allow the countries to “buy out” of their obligations by providing “compensation” or enduring “suspension of obligation” also creates major asymmetries of treatment in the system. It favors the rich and powerful countries which can afford such “buy outs” while retaining measures that harm and distort trade in a manner inconsistent with the rules of the system. It turns that can only diminish the extent to which companies, trading and investing, can rely on the rules to provide market predictability.

Consultative Board to the WTO Director-General, 2004.

4.1 Potenciais dificuldades que devem ser consideradas

A implementação de decisões da OMC traz à tona noções anteriores de soberania e jurisdição interna. Os membros podem se sentir tentados a invocar a soberania Estatal como escudo de proteção para evitar penalidades de não cumprimento de decisões da OMC.

Quando se fala de direito internacional, é importante ter em mente que hoje em dia não há Estado absolutamente independente e que a noção de uma sociedade internacional, de nações globalizadas, é dominante, mais do que nunca.

Os Estados estão obrigados uns com os outros a reparar os danos eventualmente causados. Essa obrigação está protegida como um princípio de direito internacional público. De fato, afirma Ian Brownlie, esse é um princípio de direito internacional e é também um conceito

geral de direito que qualquer quebra de obrigação pede uma reparação. Realmente, Brownlie diz que a reparação de uma obrigação violada é um complemento indispensável do fracasso e por isso não há necessidade de convenção expressa¹⁸⁹.

A discussão que envolve a quebra de obrigação de direito internacional e da soberania do Estado faz referência ao conhecimento da noção de responsabilidade internacional trazida no início desta tese. No mesmo sentido, Lafer indica que a relação de responsabilidade internacional dentro do sistema de solução de disputa da OMC transcende as partes envolvidas na disputa, e é direcionada a todos os membros da OMC¹⁹⁰.

O autor afirma que a responsabilidade internacional é uma resposta à quebra de equilíbrio entre direitos e obrigações, e se o remédio à inconsistência exclui a obrigação de compensar, isso constituiria um sério desvio de responsabilidade internacional¹⁹¹.

Como já mencionado, o índice de cumprimento de decisões da OMC é considerado alto. Assim, seria normal acreditar que não há razão para preocupação sobre o sistema de solução de disputa da OMC.

Entretanto, o índice contém dados controversos uma vez que inclui, por exemplo, casos de não cumprimento total ou acordos entre Estados com uma solução diferente da decisão adotada pelo OSC.

Entretanto, ao falar de (des)cumprimento de decisões da OMC, deve-se deixar claro que (i) cada caso de não cumprimento necessariamente envolve uma enorme quantidade de capital e restrições comerciais internacionais e, (ii) a OMC foi lançada no cenário multilateral para garantir segurança, previsibilidade e comércio justo para todos os seus membros, de tal forma que o cumprimento de suas decisões não deveria ser um problema. Entretanto, esse não é o caso.

4.1.1 Efeito vinculante das decisões adotadas pelo OSC

Uma afirmação difundida entre membros da OMC – especialmente por aqueles que perdem a disputa quando do cumprimento da decisão –, é que as recomendações do OSC não são vinculantes. Assim, o membro violador não teria que cumprir com a

¹⁸⁹ Brownlie, 1963, p. 437- 438.

¹⁹⁰ Lafer, 1998, p. 134.

¹⁹¹ Ibid.

decisão dentro de sua jurisdição, nem teria a obrigação de equilibrar suas regras internas com a recomendação de um relatório adotado pelo OSC.

No entanto, essa não é a interpretação defendida nesta tese. Os membros da OMC tem uma obrigação *pacta sunt servanda*, que determina que os membros, compulsoriamente, cedem a uma terceira parte o poder para a resolução de suas controvérsias relacionadas ao comércio, ou seja, o OSC¹⁹². De acordo com Davey, as obrigações acordadas entre os membros devem ser aplicadas pela OMC, sem incorrer em excesso de poder pelo seu órgão¹⁹³.

Mais que isso, ainda que a decisão do painel ou do Órgão de Apelação seja chamada de recomendação, - que pode ser entendida como um termo mais brando -, é amplamente aceito que a recomendação tem força vinculante. Como era no período do GATT, quando o valor de uma solução negociada era mais importante do que os rigores da contenda, a regra é que o OSC limite-se a demonstrar ou não a legalidade da conduta em questão¹⁹⁴.

De acordo com Hudec, as reformas da Rodada Uruguai tinham como objetivo fortalecer o efeito normativo do sistema multilateral de solução de controvérsias. O autor afirma que o “remédio

¹⁹² A obrigação *pacta sunt servanda* pode ser encontrada, por exemplo, no disposto no Artigo 23.2 do ESC que diz: “não fazer uma determinação do efeito que uma violação ocorreu, que benefícios têm nulidade ou prejudicaram a obtenção de qualquer objetivo dos acordos, tenha impedido, exceto através de recurso à solução de controvérsias de acordo com as regras e procedimentos deste Entendimento, e deve fazer qualquer determinação consistente com os fatos contidos no relatório do painel ou Órgão de Apelação adotado pela OSC ou uma arbitragem feita consoante este Entendimento”. Livre tradução de: “*not make a determination to the effect that a violation has occurred, that benefits have been nullified or impaired or that the attainment of any objective of the covered agreements has been impeded, except through recourse to dispute settlement in accordance with the rules and procedures of this Understanding, and shall make any such determination consistent with the findings contained in the panel or Appellate Body report adopted by the DSB or an arbitration award rendered under this Understanding*”. Ver também Mavroidis, 2003, p. 263.

¹⁹³ Ver Davey, 2001.

¹⁹⁴ Ver Lawson, 2003, p. 358-359.

principal vislumbrado pelo ESC ainda é a recomendação de vinculação legal, que faz com que o réu cumpra com sua conduta¹⁹⁵.

Corroborando essa interpretação a respeito das recomendações do OSC, Mavroidis argumenta que as recomendações definitivamente vinculam aqueles aos quais se dirigem. Por outro lado, ele entende que as sugestões do painel podem não ser vinculantes.

Entretanto, Mavroidis afirma que a conclusão sobre as sugestões não é equivalente a uma declaração de que elas não tenham nenhuma consequência legal. De fato, se um membro da OMC seguir uma sugestão recebida, ele cumprirá *ipso facto* suas obrigações internacionais. Assim, seguir as sugestões do OSC é uma estratégia legal recomendada¹⁹⁶.

Uma vez que o relatório é adotado pelo OSC, suas recomendações e regras têm poder de vincular as partes numa disputa e a parte perdedora deve alterar seu regime comercial para que esteja de acordo com as regras da OMC.

De fato, Jackson explica que o painel e relatórios do Órgão de Apelação parecem reforçar a orientação normativa do atual sistema de comércio multilateral. O autor defende que os relatórios também reforçam o fato de que os princípios gerais de direito internacional são aplicáveis a OMC e seus acordos¹⁹⁷. Segundo o autor, ainda que o ESC não deixe explícito que o conteúdo do painel e dos relatórios do Órgão de Apelação tem efeito vinculante, o número de cláusulas espalhadas pelo texto do Entendimento implica fortemente - como diz Jackson -, na obrigação de se adequar ao relatório nos casos de violação¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Hudec, 2002, p. 83. Livre tradução de: “*the primary remedy set forth in the DSU is still the legally binding recommendation ordering the defendant to bring its conduct into compliance*”.

¹⁹⁶ Mavroids, 2003, p. 274.

¹⁹⁷ Jackson, 2000a, p.127.

¹⁹⁸ Id, p. 126. Antes de prosseguir com a análise do efeito vinculante, um esclarecimento tem que ser feito. Pode-se entender, da interpretação do ESC, que há três tipos de ação legal com relação ao sistema de solução de disputa da OMC: os casos de violação, os casos de não-violação e os casos de situação. Brevemente, o caso de violação se refere a um caso no qual o OSC conclui que há uma violação real de uma regra da OMC. Nesse caso também há a presunção de nulidade ou prejuízo pela violação de um acordo da OMC. Uma reclamação de não violação envolve uma ação legal internacional. Não há quebra de obrigação internacional e a atenção é dada à nulidade ou prejuízo, independentemente do dano comercial. Não há necessidade de remover a

Seguindo o mesmo raciocínio, Van den Bossche afirma que as recomendações e regras não são legalmente vinculantes por si só. O autor defende que elas se tornem vinculantes “somente quando forem adotadas pelo OSC tornando-se, assim, regras e recomendações do OSC”¹⁹⁹.

Van den Bossche explica, ainda, que além de fazer recomendações e regras, o relatório do painel pode fazer sugestões com respeito às maneiras com a qual os membros cumprem suas recomendações. As sugestões, de acordo com o autor, também são legalmente vinculantes para o membro em questão²⁰⁰.

Ainda que se possa argumentar que o ESC não deixa o efeito vinculante das decisões adotados pelo OSC explícito, muitas provisões do Entendimento claramente induzem à conformidade com o que tem sido defendido nesta seção. Por exemplo, de acordo com o Artigo 19, uma painel ou Órgão de Apelação “pode recomendar que o membro em questão traga sua medida em conformidade com aquele acordo”²⁰¹. Por sua vez, o Artigo 21:1 afirma que “o cumprimento rápido de recomendações ou regras do OSC é essencial a fim de assegurar uma solução eficaz para as disputas e benefício de todos os membros”²⁰².

Como exposto no Artigo 3:2 do ESC, o sistema de solução de disputa da OMC “é um elemento central na garantia de segurança e previsibilidade do sistema comercial multilateral”²⁰³. Essa é a forte

medida reclamada, ao invés disso, o foco fica nos efeitos da medida, que devem ser mitigados. Por outro lado, as queixas de situação são mais difíceis de serem entendidas no contexto da OMC e não houve nenhum caso relatado desse tipo. Como explicado por Matsuchita, Mavroidis e Schoenbaum, as partes do contexto prejudicado do GATT/WTO podem atacar medidas ilegais (queixas de violação) e legais (queixas de não violação). Por essa razão, os autores afirmam que é quase impossível imaginar como os remédios da OMC em tais casos podem ser diferentes daqueles aplicados nos casos de não violação. Assim, a previsão é de que as queixas de situação desapareçam no curso do tempo. Ver Matsushita; Mavroidis; Schoenbaum, 2003, p. 84-86

¹⁹⁹ Van den Bossche, 2005, p. 243.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Artigo 19, ESC. Livre tradução de: “shall recommend that the Member concerned bring the measures into conformity with that agreement”.

²⁰² Artigo 21:1, ESC. Livre tradução de: “prompt compliance with recommendations or rulings of the DSB is essential in order to ensure effective resolution of disputes to the benefit of all Members”.

²⁰³ Artigo 3:2, ESC. Livre tradução de: “is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system”.

motivação que guiou a criação do sistema normativo da OMC: segurança e previsibilidade nas relações comerciais.

Tendo isso em mente, o efeito vinculante das recomendações também faz sentido, ainda que não esteja explícito no corpo do ESC. Ao aceitar fazer parte do sistema de comércio multilateral, os membros conferem a OMC o poder de julgar as eventuais controvérsias sob o escopo da Organização. Ao acreditar que o sistema foi criado para favorecer e aumentar tanto as relações comerciais quanto os padrões de vida, os membros adequam suas medidas comerciais com os princípios da OMC, e concordam em respeitar suas regras e decisões.

4.1.2 Assimetria econômica dos membros da OMC: sanções aplicadas por países em desenvolvimento prejudicam a eles mesmos

Esta seção irá discutir a assimetria mais aparente relacionada às relações comerciais, qual seja, a assimetria econômica. Também irá discutir outra assimetria que deriva de ou caminha junto com a assimetria econômica, qual seja, a assimetria de poder político. Ambas assimetrias de “poder”, implícita ou explicitamente marcam consideravelmente as diferenças (econômicas, culturais, sociais e políticas) dos membros nas discussões da OMC. E quando o assunto é o sistema de solução de controvérsias e a implementação de decisões, essas assimetrias econômicas têm um papel ainda mais importante.

Uma hipótese preliminar desta pesquisa é que o sistema de solução de controvérsias não resolve as assimetrias entre membros da OMC, e esse problema se torna evidente quando chega o momento de implementação de decisões adotadas pelo OSC.

● Jogadores assimétricos

O termo assimetria, a primeira vista, pode ter uma conotação negativa e pode ser usada para se referir a uma diferenciação, desarmonia ou um desequilíbrio. Entretanto, é importante notar que, devido às assimetrias – assimetria econômica *lato sensu* –, intercâmbios comerciais entre países são favorecidos.

Com diferentes produtos, diferentes recursos naturais, diferentes condições de trabalho e especializações diversas, os países se sentem tentados a negociar quando eles sentem que vão se beneficiar dessa negociação. A troca internacional de produtos, trabalhadores e

conhecimento suprem as necessidades de um país, por um lado, e promove vendas e aumento de renda por outro²⁰⁴.

Ainda, juntamente com a especialização, as assimetrias contribuem para promover a competitividade e um aumento de interdependência de países. Com o aumento do intercâmbio comercial internacional, as vendas também aumentam, e os países podem incrementar sua escala de produção, baixando os preços de produtos no mercado. Os produtores têm um aumento de renda, e os consumidores podem comprar mais e com mais opções.

Além do poder econômico, as assimetrias podem se originar do poder financeiro, da participação no comércio internacional, ou de inovações tecnológicas. Essas categorias de assimetrias estão intimamente ligadas, e frequentemente refletem a riqueza de um país.

Assim, é verdade que as assimetrias econômicas entre países têm um impacto positivo, uma vez que elas apoiam a integração de economias, a fim de alcançar um aumento de renda geral, dentre outras finalidades. De fato, a OMC estima que o impacto das negociações comerciais resultantes da Rodada Uruguai – considerando margens de erros e dependendo dos pressupostos de cálculo –, foi entre U\$ 109 bilhões e U\$ 510 bilhões que foram acrescidos à renda mundial²⁰⁵.

Corroborando com esses números, há forte evidência que sustenta a hipótese de que o comércio multilateral impulsiona o crescimento econômico para todas as partes envolvidas. Entretanto há elementos que refletem um impacto não tão positivo para o comércio internacional de muitos membros da OMC.

É de se notar nesta seção que não há a ambição de se aprofundar na análise econômica das assimetrias entre os jogadores do comércio multilateral. A intenção é meramente iluminar os benefícios e problemas que existem atualmente e que – em maior ou menor escala –, influenciam os resultados do cumprimento das decisões de soluções de disputas.

Com respeito às assimetrias econômicas, o cenário mundial pode ser extremamente controverso. Se a explicação

²⁰⁴ A especialização dos produtos defendida por David Ricardo em sua teoria de vantagens comparativas. De acordo com essa teoria, cada país deveria se especializar na produção que tem vantagens no custo, assim dando benefícios para todos os países envolvidos no comércio internacional. Ver Ricardo, 1978.

²⁰⁵ Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/10ben_e/10b06_e.htm>.

matemática do aumento de vendas, somado à produção em escala, somado a preços baixos e consumidores comprando, resultando num crescimento geral de renda fosse verdade para todo o membro da OMC, e existência de assimetrias econômicas refletiria um cenário ideal para o comércio multilateral.

Entretanto, há diferenças significativas entre as economias dos 153 Membros. Não é necessário ir muito longe para entender esse fenômeno. Compare-se, por exemplo, o caso dos EUA e Burundi (um dos mais ricos contra uma das 10 economias mais pobres do mundo), ambos membros da OMC, supostamente jogando o mesmo jogo do comércio multilateral²⁰⁶.

Em uma publicação de 2006, o Banco Mundial reconheceu que devido aos mercados imperfeitos, as assimetrias de poder e riqueza geravam oportunidades diversas. Isso leva ao desperdício de potencial produtivo e a alocação ineficiente de recursos. Além disso, o relatório indica que o nivelamento da economia global e dos campos políticos de ação requer regras mais equitativas para o financiamento dos países pobres²⁰⁷.

Realmente, no tocante às regras, ainda que a legalização trazida ao comércio internacional pela OMC tenha ajudado (e ainda ajude) a diminuir as enormes diferenças entre os membros da OMC - uma vez que cada país tem que adaptar suas regras domésticas aos padrões da OMC -, muitos elementos permanecem inalterados. Pode-se mesmo argumentar que não há muita diferença entre o GATT e a OMC, já que os Estados mais poderosos ainda são os jogadores principais em termos da elaboração e observância das regras do comércio multilateral²⁰⁸.

Como previamente mencionado, a OMC é um a organização realmente dirigida pelos membros e isso é tão verdade que os membros decidem as direções das negociações e sua agenda. O

²⁰⁶ É verdade que a OMC e seus membros dão condições especiais para seus membros menos desenvolvidos e em desenvolvimento, mas esses países tem que jogar no mesmo campo dos países ricos e é aí que as assimetrias econômicas ficam evidentes. Aqui podemos discutir uma assimetria de regras – tal como o Sistema Geral de Preferências e os diferentes prazos para cumprir os acordos da OMC –, que podem ser uma vantagem aparente para as economias em desenvolvimento.

²⁰⁷ Ver Banco Mundial, 2006.

²⁰⁸ Ver Mutlu; Önis, 2007, p. 57.

secretariado é claramente mais institucionalizado do que o do GATT, mas são os membros que de fato dão forma ao comércio multilateral.

Interessa lembrar que apesar das decisões serem feitas através de negociações multilaterais nas quais os membros são convidados a participar, sabe-se que negociações informais (principalmente entre grandes jogadores) têm um papel crucial no processo de tomada de decisão. Assim, como afirmado por Mutlus e Önis, o caráter multilateral do sistema é fortemente minado quando os membros de economias poderosas e os membros de países em desenvolvimento dão forma às regras em nome de outros membros, e na direção que eles desejam²⁰⁹.

Entretanto, também é verdade que sem economias fortes e desenvolvidas, o sistema comercial multilateral não teria uma institucionalização e uma aderência tão forte como a atual. Foi somente através do apoio financeiro e técnico de países desenvolvidos, que o GATT, e mais recentemente a OMC, puderam ser criados.

Certamente por contra dos princípios de não discriminação, as economias pequenas que se uniram à OMC tiveram os benefícios que todos os demais membros da OMC têm. Da mesma forma, as economias pequenas podem formar grupos com interesses similares e convergentes para melhorar seu poder de barganha durante as negociações²¹⁰. Como exemplo dessas coligações da OMC temos: o ACP (Países Africanos, Caribenhos e do Pacífico); o grupo Africano (todos Africanos membros da OMC); o G-33 (também chamado de “Amigos de produtos especiais”, na coligação agrícola dos países em desenvolvimento que pressionam por mais flexibilidade para que os países em desenvolvimento possam ter abertura limitada de mercado agrícola); o G-90 (Coligação dos Africanos, ACP e países menos

²⁰⁹ Ibid., p. 61. Mais adiante neste mesmo artigo os autores também afirmam que “a falta de compromisso da parte dos países desenvolvidos em dar ajuda relacionada a questões comerciais questiona seriamente uma das maiores fraquezas da ordem comercial global atual na perspectiva dos países em desenvolvimento”. Ibid, p. 64. Livre tradução de: “*the lack of commitment on the part of developed countries to provide aid related to trade raises serious questions and points towards one of the major weaknesses of the current global trading order from a developing country perspective*”.

²¹⁰ É importante notar que normalmente os países menos desenvolvidos e os em desenvolvimento não têm capacidade institucional e profissional para organizar uma forte barganha, de forma a impor seus interesses. Além disso, um problema recorrente é que eles não têm interesses convergentes para defender, de forma que é difícil criar um consenso de interesses perante a OMC.

desenvolvidos), o Cotton-4 (principais produtores de algodão Africanos)²¹¹.

Assim, dentro de uma perspectiva e abordagem geral, cada membro separadamente experimenta, de fato, crescimento de renda e benefícios comerciais em suas economias como resultado de sua vinculação ao sistema multilateral.

Entretanto, os problemas de assimetrias econômicas e políticas são realmente aparentes quando o foco é o sistema de solução de controvérsias. Um rápido olhar nas duas tabelas abaixo levará à conclusão de que há uma correlação direta entre os usuários mais frequentes de um sistema de solução de controvérsias e seu potencial econômico em escala mundial.

A Tabela I mostra os dados das dez maiores economias de 2011, de acordo com os dados FMI. Os EUA, Japão, os países mais ricos da Europa e os três do BRICS²¹² aparecem nos dados, refletindo seu impacto e força na economia internacional.

Ainda de acordo com os dados da OMC, a maioria desses países na Tabela 1 são os principais comerciantes multilaterais atuais. De fato, os EUA, China, Alemanha e Japão são os líderes de importação e exportação com uma grande parcela do mercado comercial internacional²¹³.

²¹¹ Mais informação disponível em: < http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/meet08_brief08_e.doc>.

²¹² O termo BRICS refere-se ao grupo de países emergentes com mercados gigantes formados pelo Brasil, Rússia, Índia, China e mais recentemente África do Sul. É uma organização política que tem a intenção de coordenar países para trabalharem juntos em assuntos econômicos e globais. Eles tiveram seu primeiro encontro oficial em 2009.

²¹³ Mais informação disponível em: < http://www.wto.org/english/news_e/pres11_e/pr628_e.htm>.

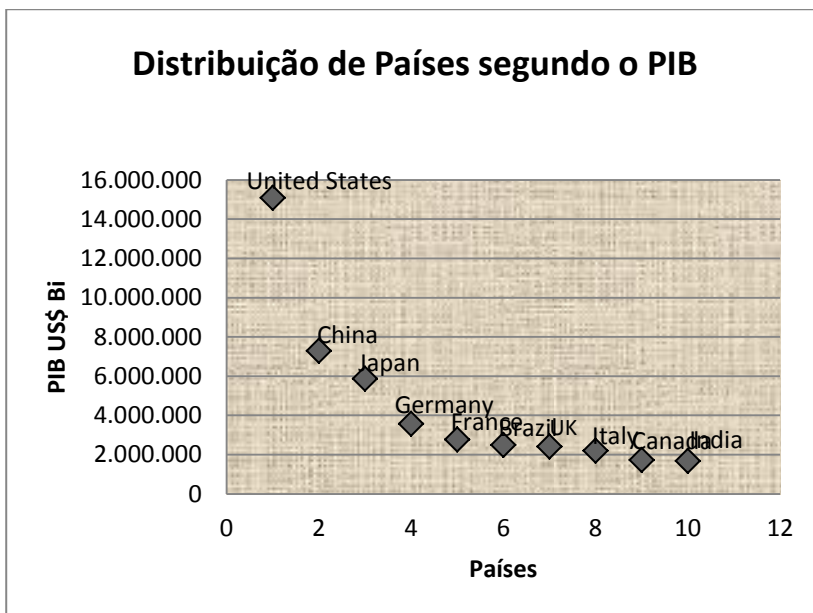


Tabela I – Fonte: FMI²¹⁴.

A Tabela II mostra os mais frequentes usuários do sistema de solução de controvérsias da OMC, e o número de casos nos quais eles participaram - tanto como reclamante quanto como reclamado (a participação como terceiros não foi considerada relevante neste momento). Entre os membros mais ativos nas disputas, sete estão na Tabela I, o que leva a sugerir que isso não é mera coincidência, ou seja, que os membros mais ativos também sejam os mais poderosos.

²¹⁴ Fonte: FMI, 2012. Disponível em: < <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2012/01/weodata/index.aspx>>. Último acesso em: 23 Abril 2012.

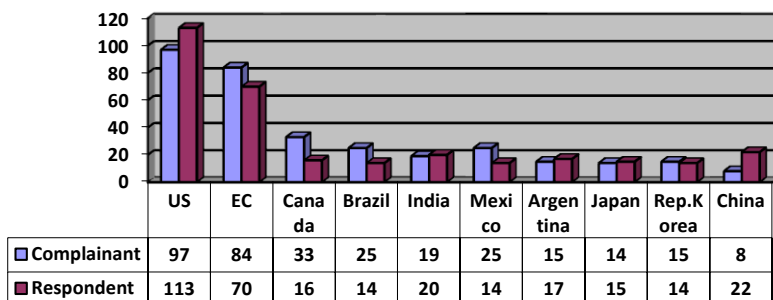


Tabela II – Fonte de dados da OMC de participação por país em solução de disputas²¹⁵

Assumindo-se que as maiores economias são aquelas com a maior parcela de mercado internacional, é razoável esperar que esses países apareçam em um número elevado de disputas perante o OSC. As principais economias normalmente têm relações comerciais no mundo todo com altas taxas de exportação e importação. Assim, eles representam os maiores mercados consumidores, confirmando a ideia de que essas economias são muito importantes para o funcionamento do sistema como um todo.

O sistema de solução de controvérsias trata-se de um procedimento bastante caro. Para a maioria dos membros em desenvolvimento, litigar casos na OMC pode ser demasiadamente dispendioso, de forma que a falta de recursos financeiros e de uma organização institucional limitada priva-os de representar seus interesses de maneira eficiente²¹⁵.

Ainda que o custo de litigar perante o OSC não seja o foco principal desta discussão, interessa fazer uma breve consideração do tema aqui. Como Busch e Reinhardt previamente afirmaram, a capacidade legal de litigar no sistema de solução de controvérsias da OMC é um assunto complicado²¹⁶.

É verdade que para que os membros da OMC aproveitem ao máximo o sistema, eles devem estar preparados para proteger seus direitos numa arena muito competitiva. Para economias ricas, isso não é problema, já que dispõem de recursos financeiros para dispendar no

²¹⁵ Ver Smith, 2004, p. 548-549.

²¹⁶ Ver Busch; Reinhardt, 2003; Id., 2004.

procedimento, e profissionais bem treinados nas áreas específicas do comércio multilateral.

Entretanto, como constatado por Busch e Reinhardt, a situação não é a mesma no caso dos países em desenvolvimento da OMC, com pequenas economias. Para ter capacidade para litigar na OMC, países precisam tanto de advogados experientes numa área específica, quanto de instituições domésticas para monitorar e participar do comércio multilateral, bem como de políticos e burocratas para decidir se vale a pena litigar e finalmente, como é preferível, uma equipe local em Genebra para acompanhar as negociações de perto ²¹⁷.

Claramente nem todos os governos têm condições para fornecer os instrumentos necessários para essa situação ideal. Em relação aos membros da OMC, verificam-se consideráveis assimetrias de experiência legal e de recursos financeiros para serem usados no sistema de solução de controvérsias da OMC.

A fim de preparar-se e seguir adiante com um caso com prazos estritos estipulados pelo ESC, o país deve ter um alto nível de experiência legal e capacidade administrativa ²¹⁸. Normalmente isso é inviável para muitos membros da OMC, especialmente para aqueles países com uma grande lista de prioridades em suas arenas domésticas. Realmente, em muitos casos não é nem possível manter uma equipe de representantes para cuidar de assuntos relacionados a OMC em Genebra.

Na verdade, a fim de poder litigar, os países em desenvolvimento podem vez ou outra contar com assistência direta financeira - ou mesmo legal -, dos países desenvolvidos e de membros poderosos da OMC, que, obviamente, promovem seus próprios interesses. Isso não é muito comum, mas, por exemplo, Shaffer lembra que a Comunidade Europeia “forneceu fundos para quatorze países da ACP para que eles contratassem advogados para defender seus interesses como terceiros (e, indiretamente, os interesses da CE como parte) no caso *EC-Sugar*, acionado pelo Brasil e Tailândia” ²¹⁹.

O fato de que a maior parte dos membros da OMC não tem nem a experiência legal nem a capacidade administrativa para apresentar

²¹⁷ Busch; Reinhardt, 2004, p. 3.

²¹⁸ Ver Smith, 2004, p. 548.

²¹⁹ Shaffer, 2009, p. 177. *EC-Sugar* refere-se à disputa DS266, disponível em: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds266_e.htm>. Livre tradução de: “*provided funds for fourteen ACP countries to hire lawyers in Brussels to defend their interests as a third party (and indirectly, the EC’s interests as a party) in the EC-Sugar case brought by Brazil and Thailand*”.

uma disputa, corrobora com os dados mostrados nas Tabelas I e II acima. As economias mais ricas estão muito melhor preparadas para litigar sob as regras do ESC, enquanto os países em desenvolvimento - no sentido *lato sensu* -, pouco avançam em termos de experiência com o sistema de solução de controvérsias da OMC.

Entretanto, países em desenvolvimento diferenciados, como o Brasil, Índia e China, estão se tornando usuários ativos do sistema à medida que suas economias estão cada vez mais robustas, e suas participações de comércio no mercado mundial crescem a cada dia²²⁰.

Note-se que, ainda que aqueles países sejam considerados como economias desenvolvidas, eles têm bases de comparação logicamente diferente da maioria dos membros desenvolvidos. Assim, entende-se que o tamanho do mercado e experiência adquiridos pelo Brasil, Índia e China em usar o sistema de solução de controvérsias sejam diferenciados e representem uma realidade singular, comparativamente a de outros países em desenvolvimento, membros da OMC. Isso parcialmente explica a razão pela qual o Brasil, Índia e China conseguem não só cumprir com as regras e prazos do ESC, mas também representar uma ameaça real às economias poderosas durante o litígio, bem como em eventuais procedimentos de retaliação.

Logo, pode-se concluir que ainda que o sistema de solução de controvérsias funcione bem para todos os membros que desejarem utilizá-lo, o sistema certamente funciona melhor para aqueles que tiram mais vantagem das oportunidades legais do sistema, com seu preparo e experiência²²¹. Essa realidade também é verdadeira no que concerne o trabalho sob os acordos da OMC: os membros que estão melhor preparados têm mais chances de tirar vantagens das oportunidades do comércio multilateral que eles podem abrir.

● **Sanções aplicadas por países em desenvolvimento prejudicam a eles mesmos**

É certo que a falta de experiência legal e capacidade administrativa, juntamente com a falta de recursos financeiros para

²²⁰ No caso da China, o país tem participação num grande número de casos como terceiro, a fim de ganhar experiência legal no sistema de disputa da Organização.

²²¹ Ver Busch; Reinhardt, 2004, p. 5.

litigar sob as regras do ESC reflete um dos maiores problemas para a efetividade do sistema de solução de controvérsias.

Além disso, pode-se afirmar, assim como o fizeram Busch e Reinhardt, que este problema pode prejudicar todo o sistema. As deficiências dos países em desenvolvimento minam o bom funcionamento do sistema de solução de disputas, uma vez que incitam trapaças ao sistema e desmotivam os países em desenvolvimento a negociar²²².

Os problemas que aparecem num estágio mais avançado, quando a disputa já está em curso, também preocupam acadêmicos, profissionais e membros da OMC. São considerados pelo menos tão preocupantes quanto à capacidade legal. Assim sendo, a fase de implementação de decisões da OMC está no centro das discussões sobre a reforma do sistema de solução de controvérsias.

De acordo com Hudec, os membros de países desenvolvidos são, de alguma forma, privilegiados pela falta de um mecanismo eficiente que vincule a implementação das decisões do OSC. Não por acaso os membros de países desenvolvidos normalmente argumentam que as disciplinas para mudar o mecanismo de cumprimento de decisões da OMC, substancialmente, são ineficazes²²³.

De fato, desde 1995 a experiência mostra que o problema de falta de instrumentos para induzir o cumprimento de uma decisão adotada pelo OSC permanece ainda como um dos maiores desafios para o uso do sistema por economias modestas²²⁴.

Considerando todos os instrumentos disponíveis no sistema de solução de disputa, podemos afirmar que, de muitas formas, ele é mais favorável às maiores economias da OMC. Mercados consumidores importantes, tais como os EUA e os países a União Europeia representam uma pressão muito maior e mais eficiente quando se consideram os remédios aplicados por esses países contra países em desenvolvimento. O contrário também é verdade. O impacto dos remédios levados a cabo por países em desenvolvimento, normalmente, são bem insignificantes quando a disputa é contra uma economia poderosa.

²²² Busch; Reinhardt, 2004, p. 7.

²²³ Ver Hudec, 2000, p. 346-349.

²²⁴ Amaral Júnior, 2006, p. 85. O autor acrescenta que até 2006 nenhum país Africano tinha condições de ser representado no sistema de solução de controvérsias como reclamante.

Mais que isso, a possível aplicação de remédios por países em desenvolvimento acarreta mais prejuízos para suas economias domésticas do que podem afetar o reclamado. É fácil perceber isso, uma vez que economias de países menores – mais fracos – têm uma forte dependência dos mercados desenvolvidos para fomentar o funcionamento e crescimento de suas próprias economias²²⁵.

Não só o impacto econômico é prejudicial aos países em desenvolvimento, mas também, e talvez ainda mais importante, ações de retaliação podem representar sérios problemas e restrições em outros campos de temas internacionais, uma vez que a retaliação comercial é, essencialmente, uma arma política. De fato, como os países são cada vez mais interdependentes, o problema político possivelmente originado num procedimento de retaliação certamente gera desconforto e repressões multilaterais relacionadas a outros assuntos.

Preliminarmente, como afirmado por Joost Pauwelyn, a retaliação comercial não funciona quando países em desenvolvimento ganham a demanda. E, ainda que essa afirmação seja o resultado de uma análise de vários aspectos que podem influenciar a implementação (ou não) de decisões adotadas pelo OSC, a eficácia das contramedidas depende em muito da importância econômica relativa do membro que as adota²²⁶.

Com essa constatação não se quer dizer que reclamações legais de países em desenvolvimento não são úteis. Mesmo se, como discutido aqui, a opção de retaliação não seja viável ou desejável, as reclamações apresentadas pelos países em desenvolvimento são instrumentos de política bastante eficientes²²⁷.

É verdade, a legalização de procedimentos que vieram com a criação da OMC tornou as reclamações legais mais eficientes que durante o período do GATT, e a utilidade do sistema não está em questão²²⁸. Além disso, a legalização do sistema tem o potencial de operar em favor dos países em desenvolvimento, muito mais favorável do que os instrumentos de barganha irrestritos, utilizados até 1994²²⁹.

Contudo, a atual fase de implementação de decisões e os remédios previstos pelo ESC tornam-se controversos em situações

²²⁵ Id., p. 86.

²²⁶ Ver Pauwelyn, 2010 e; Matsushita; Mavroids; Schoenbaum, 2003, p. 92-93.

²²⁷ Ver Hudec, 2002.

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Ver Smith, 2004, p. 549.

específicas, quando um país em desenvolvimento tem o direito de suspender concessões contra um membro de país desenvolvido.

O sistema de retaliação da OMC é basicamente um instrumento político de pressão e como tal, para ser eficiente, a retaliação comercial deve apresentar uma ameaça crível (lembre-se aqui da teoria dos jogos). O réu deve sentir que o não cumprimento com uma decisão adotada pelo OSC fará com que ele sofra restrições comerciais realmente prejudiciais por parte do reclamante.

Agora, se se considera o simples dado fornecido acima, fica difícil imaginar como um país em desenvolvimento médio, com uma economia pequena, pode representar uma ameaça para um mercado robusto e desenvolvido. Normalmente os membros em desenvolvimento dependem em grande escala dos países desenvolvidos para alimentar suas próprias economias domésticas.

Note-se que o termo “médio” é utilizado para fazer referência a países em desenvolvimento padrão, excluindo potências internacionais como o Brasil, Índia e China que, definitivamente, pertencem a uma categoria separada. Ainda que os três sejam classificados como países em desenvolvimento, esses países ocupam uma posição diferenciada entre as dez economias mais poderosas do mundo e, como resultado, mais provavelmente obterão melhores resultados num eventual procedimento de retaliação.²³⁰

Dessa forma, se os membros em desenvolvimento reclamantes não podem esperar cumprimento por parte de um país desenvolvido, há um problema. Ainda que a retaliação seja permitida, ela não faz diferença se o reclamante se prejudica seguindo adiante com a suspensão de concessões e restrições comerciais contra uma economia enorme (da qual o país em desenvolvimento possivelmente é dependente).

É aí que aparece a amplamente difundida expressão de acadêmicos que diz que a retaliação comercial é um tiro no próprio pé. É também aí que as discussões mais acirradas sobre a efetividade das medidas legais do ESC ocorrem.

²³⁰ Os três países, ainda que tenham alto valor de mercado de seus produtos finais e serviços (produto interno bruto), ainda têm problemas domésticos sérios. Por exemplo, o Brasil, como se sabe, tem um alto índice de pobreza e desemprego. A Índia, considerada uma economia de renda média, tem só 54% de desenvolvimento urbano (sanitarismo) e 63% de alfabetismo. A China tem graves problemas de proteção laboral. Para mais informações ver: <<http://data.worldbank.org/country>>.

Ainda que seja absolutamente verdade que ter um sistema legal de solução de conflitos como o da OMC seja melhor que não ter nenhum sistema, a falta de remédios mais efetivos durante a fase de implementação compromete melhores resultados²³¹.

Ainda que as disputas da OMC tenham um alto índice de cumprimento, cada caso de não observância resultante do não cumprimento ou do cumprimento parcial de decisões da OMC é evidência de que há imperfeição no sistema multilateral.

Mais ainda, como não há remédio para fazer com que o respondente que não observe a decisão adotada seja responsabilizado - uma vez que ele pode escolher pagar o preço para manter suas medidas inconsistentes -, uma luz de alerta deve ser sinalizada.

É verdade que o índice de observância de decisões adotadas pelo OMC quando o país em desenvolvimento é o reclamante e o réu é um país desenvolvido é similar ao índice geral de cumprimento de 83% a 85%.

O estudo de um Conselheiro da OMC da Divisão de Assuntos Legais, Reto Malacrida, sugere que nos casos em que o reclamante é um país em desenvolvimento ou uma economia pequena, a estimativa de implementação mantém um alto índice. Assim, a observância de decisões da OMC parece ser bem sucedida mesmo quando os reclamantes são economias pequenas.

Não obstante, Malacrida chama atenção para as disputas EUA- Jogos de Azar e CE-Bananas como exemplos de dois casos de cumprimento não satisfatório que fizeram muito barulho na OMC. Além dessas disputas, há claramente exemplos de casos – também muito importantes – envolvendo a relação de um país em desenvolvimento como reclamante e um país desenvolvido como réu, em que a não implementação foi prolongada²³². O adiamento do cumprimento ou o não cumprimento nos casos onde foi observado parece ter sido estimulado pela pequena parcela de mercado e de importância econômica do membro reclamante.

²³¹ Entretanto, isso não significa dizer que os países em desenvolvimento devam se sentir desencorajados a usar o sistema. Toda disputa trazida ao OSC tem pelo menos um efeito político. Da mesma forma, as disputas esclarecem problemas e inconsistências no sistema que podem estar minando o trabalho da OMC para vários membros, em vários setores.

²³² Malacrida, 2008, p. 20. As disputas nas quais o não cumprimento foi alcançado incluem por exemplo *US-Section 110*, *EC-Hormones* e *US-Antidumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan*.

Ainda que a ameaça de retaliação não tenha tido um papel central em todos os casos de cumprimento de decisões adotadas pelo OSC, ameaças formais são importantes na decisão de cumprir. O réu sempre levará em consideração o que ele ganhará ou perderá ao cumprir com uma decisão. E mesmo que a decisão de cumprir não tenha muito a ver com o reclamante, a falta de poder para apresentar uma ameaça crível por parte do reclamante influencia - e muito, em alguns casos -, a decisão do réu de pagar ou não o preço para manter as medidas inconsistentes.

As medidas de retaliação são distorções nas relações comerciais geralmente traduzidas em taxas alfandegárias extras sobre produtos originários do território do membro réu. Dependendo do alvo dos bens e da tarifa imposta a eles, os importadores de bens oriundos do mercado do reclamado podem tanto cobrar preços mais altos quanto parar a importação devido ao elevado custo²³³.

Isso explica parcialmente a relativa falta de entusiasmo entre membros da OMC no tocante ao procedimento, uma vez que eles em geral dependem muito da importação de países desenvolvidos para alavancar suas próprias economias. Manter um processo de retaliação pode conferir enormes custos econômicos no mercado interno, com efeitos negativos no bem estar de consumidores como consequência.

A grande parte dos acadêmicos da OMC concorda que “as contramedidas são instrumentos mais ou menos eficazes nas mãos de jogadores menores”²³⁴ e que “a retaliação comercial simplesmente não funciona quando países em desenvolvimento ganham os casos”²³⁵.

²³³ Ver Malacrida, 2008, p. 11-13. Chad Bown e Joost Pauwelyn sugerem maneiras de fazer a retaliação mais eficaz para países em desenvolvimento ao observar a performance dos países desenvolvidos. Os autores afirmam que “as normas gerais para essas ‘sanções espertas’ deveria ser (i) minimizar o dano causado ao país que está sancionando ao mesmo tempo (ii) maximiza o impacto das sanções no país violador. Uma maneira crucial de minimizar o dano doméstico é conduzir consultas internas com acionistas (especialmente importadores) antes de impor sanções. Dessa forma, produtos oriundos do país violador que não podem ser facilmente substituídos por importação de outros países podem ser identificados e evitados.” In: Bown; Pauwelyn, 2010, p. 11.

²³⁴ Bagwell; Mavroidis; Staiger, 2004, p. 14-15. Livre tradução de: “*countermeasures are a more or less ineffective instrument in the hands of smaller players*”.

²³⁵ Bown; Pauwelyn, 2010, p. 9. Livre tradução de: “*trade retaliation simply does not work when developing countries win a case*”.

Uma vez que o objetivo da retaliação é atingir o reclamado e induzir o cumprimento da decisão adotada, a maior parte dos países em desenvolvimento não pode alcançar esse objetivo individualmente. Geralmente os países em desenvolvimento só têm uma pequena parcela do mercado do réu, e por isso são incapazes de produzir danos à economia do violador.

Em suma, medidas de retaliação de países em desenvolvimento serão normalmente contraproducentes, e provavelmente não causarão nenhuma pressão. Ao invés disso, elas provavelmente resultarão em ainda mais dano do que o causado pelas medidas inconsistentes que deram ensejo à disputa.

Por outro lado, e usando a mesma lógica, a retaliação feita por grandes membros tende a ser mais eficaz quando usada contra pequenas economias, por exercitarem sua vantagem de tamanho de mercado²³⁶.

De fato, como diz Malacrida e como sugerido anteriormente, as atuais medidas de retaliação na forma de imposto tarifário adicional caminham na direção contrária ao aumento de qualidade de vida. Ao invés disso, elas sobem as barreiras comerciais multilaterais. Restrição de comércio exatamente o inverso do que se prega no preâmbulo do acordo da OMC, que proclama: “aumento de qualidade de vida, empregabilidade total e grande e estável crescimento do volume de renda real além da demanda eficaz”²³⁷.

Assim, considerando o cenário de pequenas economias como reclamantes e países desenvolvidos como réus, os efeitos prejudiciais do sistema de retaliação da OMC, provavelmente, causarão mais dano ao membro reclamante. Certamente, e como afirmado por Charnovitz, “talvez a maior desvantagem das sanções da OMC é que elas mordem o país que impõe e sanção”²³⁸.

O caso de Antígua e Barbuda (doravante Antígua) contra os EUA – *US-Gambling* - dá um bom exemplo das dificuldades de retaliação. A assimetria de tamanho de mercado entre os membros da OMC é significativa – Antígua é uma dos menores membros da OMC –,

²³⁶ Ver Hudec, 2002, p. 83-84.

²³⁷ Ver WTO Agreement. Livre tradução de : “*a view to raising standards of living, full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand*”. Ver também Malacrida, 2008, p. 13.

²³⁸ Charnovitz, 2002, p. 621. Livre tradução de: “*perhaps the biggest disadvantage of WTO sanctions is that they bite the country imposing the sanction*”.

um dado que significaria que a retaliação tradicional, de suspensão de concessões de tarifas pelo reclamante, não teria impacto na economia dos EUA. Em termos práticos, os EUA poderiam facilmente mudar esse pequeno volume de comércio que eles têm com Antígua para outro parceiro comercial.

Como observado, parece que os meios tradicionais de retaliação através da suspensão de concessões comerciais não são uma opção prática (ou uma opção viável) para os países em desenvolvimento. A incapacidade de oferecer uma ameaça crível e/ou problemas que possam advir para suas economias domésticas pela retaliação são razões suficientes para não lançar mão da retaliação.

Todavia, o sistema da OMC foi institucionalizado para promover o comércio multilateral justo com condições justas para todos os jogadores.

Os países mais pobres definitivamente têm menos probabilidade de conseguir o que almejam advogando perante o sistema de solução de controvérsias da OMC. Inclusive, Busch e Reinhardt concordam que o sistema legalizado da OMC fez aumentar a lacuna entre os países em desenvolvimento e os países desenvolvidos no tocante à sua habilidade de conseguir resultados positivos de liberalização comercial. Em suma, os autores afirmam que “os reclamantes mais ricos tornaram a obtenção de seus resultados desejados significativamente mais provável na OMC, mas os países mais pobres não”²³⁹.

A retaliação nos termos do ESC tem imperfeições que ficam muito claras quando um país em desenvolvimento é o reclamante. É na fase de implementação que a maior parte das propostas de reforma para o ESC está concentrada. Ainda que não funcione para todos os membros, a opção de retaliação cruzada pode ser uma solução em alguns casos como detalhado mais a frente.

4.2 Cumprimento de decisões e a OMC

4.2.1 Cumprimento de decisões no direito internacional

Uma definição geral de cumprimento de decisões no direito internacional poderia ser a conformidade de um comportamento

²³⁹ Busch; Reinhardt, 2003, p. 728-729. Livre tradução de: “*wealthy complainants have become significantly more likely to secure their desired outcomes under the WTO, but poorer countries have not*”.

de um sujeito de direito internacional com uma regra específica. De fato, a maior parte das teorias de cumprimento no direito internacional geralmente estão por trás de teorias da influência do comportamento nas regras legais²⁴⁰.

Ainda que o foco deste estudo esteja na norma legal, mais especificamente, nas regras da OMC, a observância de leis no direito internacional não é aplicável apenas quando uma estrutura legal existe. Pode ser aplicável, por exemplo, à lei costumeira, que, sabe-se, também é uma fonte do direito internacional de acordo com a Convenção de Viena.

O cumprimento de leis do direito internacional está intimamente relacionado à implementação de regras de um sistema e, como consequência, poder-se-ia pensar, com a efetividade desse sistema. Ainda que estes conceitos se relacionem, o cumprimento de leis e a implementação não dependem um do outro. O cumprimento pode existir sem a implementação. Como dito por Raustiala *et.al*, enquanto a implementação é o processo de colocar compromissos internacionais em prática, o cumprimento pode ocorrer sem nenhum esforço ou ação de uma entidade regulada²⁴¹. Os mesmos autores afirmam que:

E enquanto altos níveis de cumprimento podem indicar altos níveis de efetividade, eles também podem indicar padrões baixos, cumpridos rapidamente e sem efetividade. Muitos acordos internacionais refletem uma dinâmica de denominador mais baixo, que torna a observância fácil mas resulta na influência negligente sobre o comportamento. Aqui está a resposta desconcertante da questão da significância dos altos níveis observados no cumprimento.²⁴²

²⁴⁰ Raustiala; Slaughter, 2002, p. 539.

²⁴¹ Ibid. Os autores dão o exemplo da União Soviética onde o colapso de seu sistema econômico resultou na observância da União com muitos acordos ambientais internacionais.

²⁴² Ibid. Livre tradução de: “*And while high levels of compliance can indicate high levels of effectiveness, they can also indicate low, readily met and ineffective standards. Many international agreements reflect a lowest common denominator dynamic that makes compliance easy but results in a negligible influence on behavior. Here is the source of the vexing question of the significance of high observed levels of compliance*”.

Se esse é o caso dos membros da OMC – fácil cumprimento de decisões combinado com mau comportamento -, esse é um tema a ser questionado. Não parece ser o caso de uma fácil observância das decisões adotadas, uma vez que (i) o ESC é bem exigente e (ii) os temas tratados nas disputas da OMC não são exatamente fáceis. Entretanto, parece ser o caso de haver alguns exemplos de mau comportamento por parte de alguns membros, especialmente aqueles que podem abusar de sua posição de poder no comércio multilateral. Ainda que membros poderosos da OMC observem as decisões adotadas, o caso de cumprimento parcial ou cumprimento negociado ocorre com frequência no sistema, contribuindo para o alto índice geral de cumprimento de decisões.

Entretanto, se se considera o direito internacional público - suas organizações e instituições -, parece que Henkin estava certo quando escreveu, décadas atrás: “provavelmente é o caso de que quase todas as nações observam quase todos os princípios de direito internacional e quase todas suas obrigações a maior parte do tempo”²⁴³. Se isso não fosse verdade, governos e organizações não gastariam tanto tempo – muitas vezes anos – e recursos tentando concordar em tratados e elaborar regras de comportamento dos Estados no ambiente internacional. A lógica é a mesma em nível nacional, uma vez que governos trabalham com o pressuposto de que a lei criada será observada²⁴⁴.

Desde que os Estados começaram a formar parcerias em grupos ou organizações a fim de estarem mais conectados, tornando-os mais interdependentes, a cultura da observância de normas parece seguir o curso. Especialmente com instituições criadas após a Segunda Guerra Mundial, e com maior flexibilidade relativamente às soberanias nacionais, a observância com o sistema legal internacional foi fortalecido.

Todavia, é importante notar que ao considerar cumprimento de regras há muitas variações dependendo de, por exemplo, o tempo do acordo, o país em questão e os interesses envolvidos. De fato, como bem sinalizado por Haas, nem todos os Estados observam os mesmos instrumentos; o mesmo Estado pode variar em sua própria conduta referente à observância dependendo dos

²⁴³ Henkin, 1979, p. 47. Livre tradução de: “*it is probably the case that almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time*”.

²⁴⁴ Ver Henkin, 1995.

diferentes instrumentos legais, de diferentes setores, de diferentes padrões²⁴⁵.

De acordo com Henkin, os Estados cumprem por motivações internas e influências externas. Para o autor, motivações internas de observância são hoje em dia mais fracas que antes, mas elas ainda têm um papel importante. Os Estados têm – normalmente – um senso desenvolvido de compromisso com a ordem e a estabilidade mundial na sociedade internacional. Realmente, é verdade que geralmente os Estados têm a noção de que “a estabilidade, lei, ordem e confiança (e uma reputação garantida de confiança) são interesses internacionais, e assim eles têm um auto interesse mais ou menos claro em cumprir”²⁴⁶. O entendimento básico é que as leis internacionais com as quais os Estados concordam são de seu próprio interesse e, portanto, é de alguma forma esperado que seus governos estejam dispostos a observá-las.

Ademais, há uma forte crença de que o Estado mantém compromissos porque teme que, se houverem evidências de sua falta de lealdade, a cooperação em seus relacionamentos seja prejudicada e, como consequência, reduza a disposição de outros Estados (parceiros) de entrar em futuros acordos. Como explicam Downs *et.al.*, uma vez que os custos da oportunidade resultante de cooperação geralmente são substanciais, a maior parte dos Estados costuma estar bem estimulada a se comportar de forma cooperativa²⁴⁷.

²⁴⁵ Ver Haas, 2000, p.44.

²⁴⁶ Id., p. 49. Livre tradução de: “*stability, law and order, reliability (and a warrant reputation for reliability) are in their national interest, and therefore they have a more-or-less enlightened self-interest in compliance*”.

²⁴⁷ Ver Downs; Jones, 2002, p. 96. Ainda, os autores apontam que há “evidência empírica sugerindo que o impacto de reputação ou é mais fraco ou mais complicado que grande parte da literatura teórica sugere. Enquanto os índices de observância são relativamente bons em geral, eles geralmente são consideravelmente mais baixos do que se poderia esperar se eles cada defeção tivesse importantes implicações para cada acordo atual e futuro. Isso é verdade mesmo se permitirmos os efeitos da informação imperfeita.”. Ibid. Livre tradução de: “*empirical evidence to suggest that the impact of reputation is either weaker or more complicated than much of the theoretical literature suggests. While compliance rates are relatively good in general, they are often considerably lower than one would expect them to be if every defection had important implications for every current and future agreement. This is true even if we allow for the effects of imperfect information*”.

Com relação ao estímulo externo, é o estímulo principal a ser identificado nos compromissos internacionais. Assim sendo, os principais contribuintes da cultura de observância são os fatores externos. Uma vez que a norma internacional é horizontal por definição – sendo que os Estados e soberanias são teoricamente iguais –, a aplicação de compromissos internacionais também é horizontal. De fato, a possibilidade de aplicação horizontal da norma exerce uma influência impeditiva poderosa, que em muitos casos é refletida numa forte ameaça de retaliação²⁴⁸.

Estímulos coletivos horizontais de cumprimento devem ser analisados levando em consideração o grande número de tratados multilaterais e regionais, bem como entendimentos entre os países. Ao mesmo tempo, as regras internacionais indicam gradualmente mais obrigações que devam ser aplicadas *erga omnes*, e a quebra dessas obrigações pode fazer com que suas consequências atinjam mais de um Estado.

Haas elaborou uma tabela indicando a probabilidade de cumprimento de um Estado. Partindo do pressuposto de que os países são capazes de cumprir, Haas indica que a disposição para a observância pode variar dependendo dos custos políticos de um (não) cumprimento. A tabela é reproduzida abaixo:

	Cumprimento custoso	Cumprimento não custoso
O Estado é capaz e está disposto	Possível	Mais provável
O Estado é capaz, mas não está disposto	Improvável	Improvável
Estado é incapaz e está disposto	O Estado pode tentar cumprir e esperar falhar, a fim de atrair recursos de instituições internacionais para melhorar capacidade	Estado pode tentar cumprir
Estado é incapaz e não está disposto	Altamente improvável	Improvável

Tabela III: Probabilidade de Observância do Estado²⁴⁹.

Provavelmente, a chave para entender a variação no cumprimento de decisões dos Estados está relacionada à natureza do

²⁴⁸ Ver Henkin, 1995, p. 50. Ver também Koh, 1997.

²⁴⁹ Fonte: Haas, 2000, p. 47.

tema em questão, os custos para a sociedade doméstica, o mercado doméstico, a indústria doméstica e os custos políticos de cumprir ou não perante a sociedade internacional. Ainda, Haas ressalta que a observância de obrigações internacionais depende de ameaças de sanções para o não cumprimento, levadas a cabo por um Estado poderoso²⁵⁰.

Um estudo de Guzman mostra que não é de surpreender que o cumprimento dos Estados seja baseado na ameaça crível de retaliação. Essa abordagem parece ser adequada no que concerne o sistema de resolução de controvérsias da OMC e o (não) cumprimento pelos seus membros de decisões do OSC. O autor entende que o modelo de cumprimento com leis internacionais requer um sistema através do qual as nações que quebram obrigações internacionais sejam sancionadas²⁵¹.

É possível vislumbrar através de um dilema de prisioneiro – sem o ônus de considerar todas as variáveis que uma única situação pode apresentar –, o que pode acontecer. Inspirados no trabalho de Guzman, pode-se presumir que em relação aos acordos da OMC: (i) cada país se sairia melhor se violasse o acordo enquanto o outro país cumpre; (ii) ambos se sairiam melhor se ambos cumprissem ao invés de ambos violarem e; (iii) o equilíbrio para os dois Estados está em violar suas obrigações internacionais.

País 1	País 2		
		Cumprir	Violar
	Cumprir	5,5	2,6
	Violar	6,2	3,3

Tabela IV: Dilema do Prisioneiro²⁵²

Como sugerido pelo dilema de prisioneiro exposto, o direito internacional parece ter um papel menor nas decisões dos Estados. Se isso é verdade, Guzman está certo (e esse também é o entendimento desta análise) que o modelo no qual o direito internacional não importa deveria identificar mecanismos eficazes para sancionar as violações cometidas. Para mudar o resultado do jogo, um mecanismo de cumprimento coercitivo deveria existir. Mesmo a OMC - bem conhecida por seus dentes que mordem violadores -, não disponibiliza de um

²⁵⁰ Id., p. 51.

²⁵¹ Ver Guzman, 2002. .

²⁵² Fonte: Guzman, 2002, p. 1842.

mecanismo eficaz de sanções. E as sanções incluem todos os custos resultantes da quebra de obrigações “incluindo a punição ou retaliação por outros Estados, e os custos de reputação que afetam a habilidade do Estado de fazer compromissos no futuro”²⁵³. Como dito antes, o direito internacional afeta o interesse próprio do Estado que, de acordo com Guzman, pode resultar em dois diferentes impactos à decisão de cumprir:

Primeiro, pode levar à imposição de sanções diretas tais como sanções comerciais, militares ou diplomáticas. Segundo, pode levar à perda de custos de reputação por violar lei internacional, que seriam superados pelos benefícios que o estado violador pudesse ter²⁵⁴.

Sim, a reputação é um elemento importante que normalmente é levado em consideração na decisão de cumprir. Uma decisão de violar um acordo internacional pode ser benéfica ao país que viola no tempo presente, mas pode ter sua recompensa reduzida no futuro. Isso também explica porque os Estados têm incentivos para cumprir em algumas situações, pagando o preço do não cumprimento em outras. Entretanto, a afirmação que diz que “ao desenvolver e preservar uma boa reputação, os Estados são capazes de tirar maiores concessões em futuros compromissos”²⁵⁵, é completamente correta.

Todavia, há evidência de que a decisão dos Estados de cumprir é influenciada pela sua entrada numa instituição internacional. Keohane define instituições internacionais como “regras (formais e informais) conectadas e persistentes que prescrevem papéis de comportamento, limitam a atividade e moldam expectativas”²⁵⁶. Haas

²⁵³ Id., p. 1845. Livre tradução de: “*including punishment or retaliation by other States, and reputational costs that affect a State’s ability to make commitments in the future*”.

²⁵⁴ Id., p. 1846. Livre tradução de: “*First, it can lead to the imposition of direct sanctions such as trade, military, or diplomatic sanctions. Second, it can lead to a loss of reputational costs of violating international law are outweighed by the benefits thereof, a state will violate that law*”.

²⁵⁵ Id., p. 1886. Livre tradução de: “*by developing and preserving a good reputation, States are able to extract greater concessions for future promises*”.

²⁵⁶ Keohane, 1989, p. 3. Livre tradução de: “*persistent and connected set of rules (formal and informal) that prescribe behavioral roles, constrain activity and shape expectations*”.

presume que as instituições internacionais encorajam os Estados a cumprir, e de alguma forma dissuadem o não cumprimento ao eliminar e diminuir barreiras para os interesses próprios de seus membros²⁵⁷.

Não se pode esquecer que ao assumir que as obrigações advindas da ratificação da participação em uma organização internacional, os Estados estão assumindo obrigações *pacta sunt servanda*, assumidas boa fé e vinculantes. Estar vinculado por obrigações internacionais voluntariamente assinadas dá a impressão de que os Estados estão dispostos a cumprir com qualquer decisão tomada pela organização e seus membros.

Nesse sentido, Bilder afirma que o caráter do sistema internacional, amplamente entendido como sendo horizontal, e a noção de flexibilização da soberania internacional, levam à crer que as regras internacionais são desenvolvidas e implementadas por consenso, ao invés de processos autoritários. A consequência é que nas normas decididas por um processo voluntário, os Estados devem estar dispostos a adaptar seu comportamento às regras da organização da qual fazem parte²⁵⁸.

4.2.2 Cumprimento de decisões na OMC: é uma opção?

O título desta seção foi inspirado pela conversa com o atual Diretor da Divisão de Propriedade Intelectual da OMC, Anthony Taubman²⁵⁹. Ao discutir retaliação cruzada e temas sobre cumprimento de decisões, Taubman comentou que a presente pesquisa deveria esclarecer (i) a natureza do cumprimento e (ii) se há uma opção disponível para os membros cumprirem com decisões adotadas pelo OSC.

No mesmo sentido, Peter van den Bossche – atualmente juiz do Órgão de Apelação da OMC –, trouxe à tona a pergunta sobre se a cultura de cumprimento está na estrutura legal do sistema da OMC²⁶⁰.

À primeira vista, poder-se-ia tender a responder que sim, devido ao alto índice de cumprimento 83-85% das decisões da OMC. Entretanto, e como dito antes, esses números não indicam o

²⁵⁷ Ver Haas, 2000, p. 53.

²⁵⁸ Ver Bilder, 2000, p. 66.

²⁵⁹ A entrevista com Anthony Taubman ocorreu na sede da OMC em Genebra, em março de 2011.

²⁶⁰ Entrevista com Peter Van den Bossche. Sede da OMC, Genebra, março de 2011.

cumprimento total, nem o pronto cumprimento em todos os casos, nem indica que 15% de não cumprimento possa ser descartado. De fato, cada instância de não cumprimento com decisões adotadas pelo OSC é muito problemática.

O que Davey chama de “ações de qualidade de cumprimento” indica casos de cumprimento de sucesso na OMC que devem seguir os seguintes requisitos: (i) o cumprimento de recomendações do OSC de acordo com a decisão atual e (ii) a retirada da medida inconsistente. Entretanto, quando se passa os olhos na qualidade de ações indicando cumprimento e implementação de decisões, o cenário é longe de ser confortável na OMC²⁶¹.

No Artigo 21.1 do ESC define-se que “o pronto cumprimento com recomendações ou regras do OSC é essencial para garantir uma solução eficiente na disputa para beneficiar todos os membros”. Da leitura do Artigo fica claro que o cumprimento não é uma opção, mas antes uma obrigação que deve ser observada a fim de garantir a efetividade do sistema²⁶².

Pode-se observar que o sistema da OMC apresenta fraquezas naquelas ocasiões onde os membros decidem não cumprir – ou decidem cumprir sem qualidade –, com as decisões adotadas. De acordo com Coleman *et.al.* o não cumprimento na OMC tem geralmente tomado três formas, quais sejam: (i) não cumprimento anterior; (ii)

²⁶¹ Davey, 2009, p. 119.

²⁶² Livre tradução de : “*Prompt compliance with recommendations or rulings of the DSB is essential in order to ensure effective resolution of disputes to the benefit of all Members*”. Ainda que o Artigo 21.3 do ESC crie a possibilidade de conceder um período de tempo razoável para o violador cumprir, se é impraticável cumprir rapidamente, o ESC não dá a opção de cumprir ou não. O Artigo 21.3 do ESC afirma que “se for impraticável cumprir imediatamente com as regras e recomendações, o Membro envolvido tem um período de tempo razoável para fazê-lo”. Livre tradução de: “*If it is impracticable to comply immediately with the recommendations and rulings, the Member concerned shall have a reasonable period of time in which to do so*”. Robert Hudec ressalta que – e isso foi mencionado antes nesta pesquisa – “apesar da conotação mais suave, a palavra recomendação na jurisprudência do GATT/OMC tem sido que quando aprovado pelo corpo plenário agindo para o membro total é uma ordem legalmente vinculante”. Livre tradução de: “*despite the softer connotation of the word recommendation, the traditional understanding of the word recommendation in GATT/WTO jurisprudence has been that, when approved by the plenary body acting for the full membership, it is a legally binding order*”. Hudec, 2000, p. 10.

atraso e; (iii) não cumprimento aberto e disfarçado²⁶³. Os autores usam o termo não cumprimento anterior para indicar que muitos membros da OMC – e não somente os grandes jogadores – tomaram medidas sabendo que eram inconsistentes com o Direito da OMC, baseados no pressuposto de que o pior que poderia acontecer era desafiar uma disputa no OSC. O atraso no cumprimento é observado no sentido de que os membros atrasam o cumprimento de recomendação do OSC tanto quanto podem, jogando, assim, pelas regras do sistema. E finalmente, a definição não cumprimento “aberto e disfarçado” é usado pelos autores para tratar do número cada vez maior de decisões onde os membros da OMC decidiram abertamente não cumprir, e aceitaram o risco de retaliação²⁶⁴.

Coleman *et.al* expõem preocupações graves entre acadêmicos e membros da OMC. Se os membros simplesmente decidirem não cumprir uma decisão da solução de disputa e pagarem o preço de manter a quebra nas obrigações multilaterais, há muito pouco a ser feito. As sanções são fracas – na verdade elas não são nem chamadas sanções como já indicado –, e os membros podem optar por pagar para manter o comportamento inconsistente.

Mais que isso, a “opção de cumprimento” deixa claro como o sistema de comércio multilateral é orientado pelo poder. Sendo este o caso, os Estados com menor influência têm mais probabilidade de ter um papel passivo, enquanto os Estados de alto poder modelam o sistema como desejarem²⁶⁵.

Ainda que o ESC crie mecanismos para induzir o cumprimento, e ainda que a OMC seja famosa entre as organizações internacionais por suas disposições que permitem até certo ponto, a punição do Estado não cumpridor, o sistema tem limites explícitos quando confrontado com o poder dos grandes jogadores²⁶⁶. Da leitura das disposições do ESC fica claro que a OMC não pretende deixar aberta a opção de cumprir com suas decisões. Ao invés disso, o

²⁶³ Coleman; Horlick, 2007, p. 141.

²⁶⁴ Id., p. 141-142.

²⁶⁵ Para ler mais sobre orientação do poder, ver: Jackson, 1978 e; Dunne III, 2002.

²⁶⁶ Isso já foi dito antes, mas em nenhum momento o ESC menciona punição ou sanções sem seu texto. A abordagem adotada por este estudo é que a retaliação disponível aos membros no sistema de resolução de disputa é induzir o cumprimento.

cumprimento pretende ser obrigatório, como uma regra de segurança para garantir que o sistema funcione efetivamente.

Não obstante, dados e vários artigos mostraram que o sistema de solução de controvérsias não funciona da maneira como deveria. Pode ser um pouco extremo afirmar que os membros cumprem com decisões da OMC quando e como eles desejarem – dependendo de sua influência e participação no comércio multilateral –, mas em grande parte, os fatos parecem levar a essa conclusão preliminar. Assim sendo, então também é verdade que a assimetria de tamanho de mercado dos oponentes numa disputa é relevante para o violador quando da decisão de cumprir ou não.

Mais, a influência política dos membros adquirem especial importância, na direção que será tomada pelos membros na fase de implementação de decisão adotada. De fato, o procedimento de retaliação é mais político do que econômico²⁶⁷. Considerando o exposto, é correta a afirmação de Ezeani, que diz: “o fato é que a chave para o cumprimento de soluções de disputa estão mais na força de persuasão política no país das violações para reparar o dano que as medidas domésticas ocasionaram”²⁶⁸.

Portanto, parece ser o caso que tanto as assimetrias econômicas quanto as políticas entrem em jogo no momento da implementação de decisões adotadas. Assim, a ameaça de retaliação comercial pode, de fato, influenciar a tomada de decisão política do membro alvo²⁶⁹.

Mias que isso, se os interesses políticos e futuras relações podem ser ameaçadas pela retaliação econômica, o membro reclamado também pode levar em conta sua própria reputação no cenário multilateral.

Finalmente, Princen afirma que o cumprimento é encorajado até o ponto da posição do ator doméstico que favorece o cumprimento ser fortalecida, em comparação com os fatores políticos

²⁶⁷ Na conversa com Peter van den Bossche (Genebra, março de 2011), ele também sugeriu que a retaliação e seus desenvolvimentos é muito mais política do que econômica.

²⁶⁸ Ezeani, 2010, p. 129. Livre tradução de: “*the fact is that the key to enforcement of dispute findings rests more on the strength of political persuasion on the country in violations to redress the harm its domestic measures have occasioned*”.

²⁶⁹ Ver Hudec, 2000. Ver também Charnovitz; Kearns, 2002.

que favorecem o não cumprimento²⁷⁰. Em fazendo isso, um sistema de solução de disputas com mais força para implementar o cumprimento, ou para sancionar um violador, pode levar a um comportamento melhor dos Estados, neste caso, dos membros da OMC.

4.2.2.1 Assimetria econômica e cumprimento de decisões

A abordagem adotada nesta tese sugere que a assimetria econômica dos membros da OMC tem grande importância na implementação (ou não) das decisões adotadas pelo OSC. Entretanto, reconhece-se a existência de uma diferente linha de raciocínio, que segue o entendimento que nem a assimetria econômica nem qualquer outro tipo de diferença entre os membros influencia na decisão de cumprir com o Direito da OMC. Os membros cumprem (ou não) independentemente da lei ou da ameaça imposta por outros.

Nesse sentido, Bush e Reinhardt afirmam que “um reclamante rico não tem vantagens especiais sobre um reclamante pobre mas do mesmo tamanho, em assegurar o cumprimento de um réu que se encontra violando as obrigações da OMC”²⁷¹. Da mesma forma, mas como uma abordagem diferente, Nottage argumenta que:

A prática de solução de disputas do GATT e da OMC demonstra altos índices de cumprimento com regras de solução de disputas adversas mesmo quando países menores e em desenvolvimento são reclamantes. Essa prática sugere que os países cumprem por muitos motivos dos quais o medo da retaliação é frequentemente um ingrediente desnecessário²⁷².

Esses autores sugerem que não há desincentivo para o cumprimento quando um país membro em desenvolvimento está

²⁷⁰ Princen, 2004, p. 557.

²⁷¹ Busch; Reinhardt, 2003, p. 732. Livre tradução de: “*a rich complainant has no special advantages over a poor but equal-sized complainant in securing compliance from a defendant found in violation of WTO obligations*”.

²⁷² Nottage, 2010, p. 337. Livre tradução de: “*GATT and WTO dispute settlement practice demonstrates high rates of compliance with adverse dispute settlement rulings even when smaller and developing countries are complainants. This practice suggests that countries comply for a multitude of reasons of which the fear for retaliation is often not a necessary ingredient*”.

reclamando contra um membro poderoso. Nottage, em especial – ao analisar os altos índices de cumprimento com recomendações do OSC –, defende a posição de que a decisão de cumprir ou não, nada tem nada a ver com o fato de que um membro fraco é o reclamante.

O autor apresenta uma abordagem interessante argumentando que a retaliação quase nunca é o ingrediente principal dentre os vários elementos motivadores que levam o governo a decidir cumprir (ou não) com as decisões adotadas. Ademais, o autor sugere que a capacidade de ameaçar com uma retaliação efetiva geralmente é um fator insignificante para o cumprimento de uma decisão adotada pelo OSC²⁷³.

Dessa forma, Nottage pressupõe que a eficácia do sistema da OMC não é minada por causa das assimetrias dos membros da OMC, ou da falta de capacidade da maior parte dos países em desenvolvimento para impor uma ameaça de retaliação crível. Os membros cumprem ou não com as regras da OMC porque eles querem manter o sistema funcionando e, de acordo com o entendimento de Nottage, isso sim explica o alto índice de cumprimento. Assim sendo, os países em desenvolvimento “não deveriam ser extremamente dissuadidos de usar o sistema de solução de disputa da OMC para alcançar seus objetivos comerciais devido à falta de capacidade de retaliação”²⁷⁴.

Até certo ponto, esta tese concorda com o ponto de vista de Nottage. É certo que os membros têm preocupações sobre futuras negociações e parcerias, especialmente no cenário interdependente que delineia a atual sociedade internacional. Países aumentam aceleradamente suas parcerias em muitos setores da indústria e comércio. O fluxo de investimentos internacionais e transferência de tecnologias e conhecimento são impressionantes. Os Estados precisam de parceiros internacionais para melhorar seu nível de desenvolvimento.

Tudo isso é verdade. E definitivamente é verdade que os Estados querem – na maior parte das situações –, manter sua boa reputação. Entretanto, as enormes desigualdades dos membros do sistema de comércio multilateral são impressionantes. Não é possível descartar o fato de que as relevantes desigualdades políticas, econômicas

²⁷³ Id., p. 327.

²⁷⁴ Id., p. 338. Da mesma forma, Malacrida argumenta em outra publicação que o cumprimento de regras da OMC não depende do reclamante. Malacrida, 2008. Livre tradução de: “*should not be overly dissuaded from using WTO dispute settlement to achieve their trade objectives due to a lack of retaliation capacity*”.

e sociais são levadas em consideração pelo violador na decisão de cumprir.

O sistema de solução de controvérsias da OMC tem um papel importante em dar segurança jurídica e previsibilidade às trocas comerciais multilaterais. E o sistema foi idealizado para funcionar para todos os membros. Ainda que as estatísticas possam indicar que a efetividade do sistema não é minada pelas assimetrias econômicas de seus membros, não é razão para ignorar o fato de que as desigualdades, e a possível perda de acesso de mercado têm um caráter decisivo no cumprimento de regras da OMC. A reputação e o objetivo de manter um comportamento cooperativo são ambos importantes na posição final do governo.

Além disso, ao comparar o confronto de países como Antígua e os EUA no OSC, é quase impossível evitar pensar que a insignificância do mercado, economia e influência política na esfera internacional de Antígua são, sim, grandes incentivos para que os EUA não cumpram com a decisão adotada pelo OSC. Pagar o preço do não cumprimento provavelmente é o melhor negócio para o governo dos EUA.

O árbitro na disputa CE-Bananas III, ao ser questionado sobre se a indução do cumprimento objetivo do ESC, afirmou: “não poderia ser alcançado onde um grande desequilíbrio em termos de volume de negócios e poder econômico existe entre a parte reclamante que está buscando suspensão e a outra parte”²⁷⁵.

Todavia, como o próprio Nottage afirma, “os argumentos de que as regras de retaliação da OMC são desviadas contra os membros em desenvolvimento tem mérito”²⁷⁶. Entretanto, os dados de cumprimento previamente mencionados, mesmo quando o reclamante é uma economia pequena comparada com a do réu, indicam que o sistema funciona.

Porém, as disposições do ESC merecem uma cuidadosa revisão, bem como os pedidos de reforma do ESC de países em desenvolvimento devem receber atenção, uma vez que indicam onde o sistema é defeituoso e que uma cuidadosa revisão faz-se necessária.

²⁷⁵ OMC. WT/DS27 – Decision by the Arbitrators, 2000, para. 73. Livre tradição de: “*may ever be achieved where a great imbalance in the terms of trade volume and economic power exists between the complaining party seeking suspension and the other party*”.

²⁷⁶ Id., p.325.

4.2.2.2 Cumprimento e Responsabilidade Estatal na OMC

A OMC, como mencionado no início deste estudo, refere-se a uma organização internacional que nasceu e se desenvolveu de acordo com um tratado de Direito Internacional Público. As relações entre membros da OMC, os acordos assinados, as negociações acordadas, as disputas resolvidas, tudo isso está assegurado pelo direito internacional público.

O conjunto de regras que constitui o regime atual de contramedidas do direito internacional dispõe que o Estado que sofreu o dano pela quebra de uma obrigação de direito internacional – ou seja, um ato ilícito –, somente pode lançar mão de contramedidas contra o Estado reclamado a fim de induzir o violador a cumprir com suas obrigações internacionais. Esse é o entendimento do Artigo 49(1) do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados para Atos Ilícitos Internacionais: “Um Estado prejudicado somente pode tomar contra medidas contra um Estado que é responsável pelo ato ilícito a fim de induzir que o Estado cumpra com suas obrigações”.

O regime de contramedidas refere-se à implementação da responsabilidade geral do Estado, sendo virtualmente aplicável a todos os atos ilícitos e quebras de obrigações internacionais. Nesse sentido, Reuter ressaltou que “[...] a responsabilidade internacional se refere à quebra de obrigações e seus princípios são os mesmos, qualquer que seja a fonte de obrigação”²⁷⁷.

A legislação da OMC é uma *lex specialis* sob a lei comercial internacional geral, que é um ramo do direito internacional público. Assim, a legislação da OMC está dentro do escopo do direito internacional público, e suas regras a respeito de contramedidas são entendidas como sendo parte de uma definição mais ampla de contramedidas de direito internacional. A criação da legislação da OMC, e sua *lex specialis*, não desconsiderou as disposições sobre contramedidas do direito internacional público²⁷⁸.

Em verdade, se as disposições sobre contramedidas da OMC são de fato disposições de direito internacional, as disposições de responsabilidade do Estado também são aplicáveis à quebra de obrigações comerciais do sistema multilateral de comércio. E, em

²⁷⁷ Reuter, 1989, p. 193. Livre tradução de: “[...] *international responsibility relates to the breach of obligations and its general principles are the same, whatever the source of the obligation*”.

²⁷⁸ Ver Perez-Aznar, 2005, p. 35-36.

conclusão, se um membro da OMC falhar no cumprimento ou simplesmente não cumprir um procedimento legal da OMC, as disposições de responsabilidade do Estado parecem ser logicamente aplicáveis. Neste sentido, Perez-Aznar afirma que:

[...] contramedidas comerciais são um aspecto do jogo de atos unilaterais dos Estados que, antes de concretizar o sistema da GATT/OMC, era uma área regulada exclusivamente pela lei geral de internacional. A criação da OMC implicou num conjunto de regras no tocante a esse tipo de contramedidas, mas não implica sem sua total supressão do direito internacional geral²⁷⁹.

A maior parte das regras do ESC que se relacionam a aspectos materiais de contramedidas confirma e trata da pré-existência de regras de contramedidas de direito internacional geral. No Direito da OMC, inclusive, há claras referências aos princípios e disposições de direito internacional público que corroboram o entendimento desta autora, de que as regras de responsabilidade internacional do Estado por atos ilícitos são aplicáveis aos membros da OMC sempre que houver insistência no não cumprimento de decisões adotadas pelo OSC.

²⁷⁹ Id., p. 36.

5. RETALIAÇÃO CRUZADA NA OMC: instrumento de efetivação do sistema de solução de controvérsias?

5.1 Retaliação Cruzada: uma opção atraente para países em desenvolvimento

É no momento do cumprimento e da implementação e de decisões que a maior parte das preocupações dos membros da OMC está (ou deveria estar) focada. A retaliação tradicional é um instrumento que, na realidade, só é eficiente para nações poderosas. Por exemplo, os EUA e a UE podem fazer amplo uso de sua vantagem de suspensão de concessões comerciais, mas esse não é o caso para a maior parte dos membros da OMC. Logo, como uma solução, a retaliação cruzada está se tornando uma arma popular entre os países em desenvolvimento.

Inicialmente, deve-se ter em mente que os termos frequentemente usados de retaliação e retaliação cruzada não podem ser encontrados no texto do ESC. Como dito anteriormente, o termo retaliação se refere à suspensão de concessões comerciais e obrigações do Artigo 22 do ESC. Por outro lado, o termo retaliação cruzada refere-se à possibilidade de retaliar um réu sob um acordo comercial diferente daquele que foi originalmente reclamado. Essa possibilidade é aberta nos termos do Artigo 22:3 (c) do ESC.

O Artigo 22:3 (a) dispõe que o reclamante primeiro deve buscar suspensão de concessões comerciais no mesmo setor que o painel ou Órgão de Apelação encontrou a violação ou outra nulidade ou prejuízo. Se isso não for entendido como sendo eficiente ou prático, então há duas outras opções viáveis para a parte:

- (b) se essa parte considerar que não é prático ou eficaz a suspensão de concessões ou outras obrigações do mesmo setor ela pode buscar a suspensão de concessões ou outras obrigações em outros setores do mesmo acordo;

- (c) se essa parte considerar que não é praticável ou eficaz suspender concessões ou outras obrigações com respeito a outros setores do mesmo acordo, e que as circunstâncias são suficientemente sérias, ela pode buscar a suspensão de concessões ou outras obrigações de outro acordo também coberto (...)²⁸⁰.

Com exceção das grandes economias de países em desenvolvimento como Brasil, Índia e China, a maior parte dos países em desenvolvimento têm economias pequenas incapazes de produzir qualquer impacto nas economias dos países desenvolvidos. Uma vez que os primeiros têm mais chance de ter uma parcela de mercado insignificante do que os últimos, a ameaça de medidas de retaliação por parte dos países em desenvolvimento causa pouca ou nenhuma tensão nas economias dos países poderosos que são membros da OMC.

Pode-se afirmar, então, que o procedimento de retaliação tradicional nos termos do ESC é contraproducente. Seja no caso de um país em desenvolvimento com pequena economia ou de uma economia poderosa, o sistema de retaliação baseado no aumento de barreiras comerciais enseja uma maneira negativa de solucionar disputas.

Abbott explica que a teoria por trás da suspensão de concessões é que ao autorizá-las, operadores privados no país do réu exercitarão sua influência junto ao governo para trazer as medidas inconsistentes em conformidade, a fim de evitar produzir danos a si mesmos²⁸¹.

²⁸⁰ Artigo 22:3, ESC (ênfase da autora). Livre tradução de: “(b) *if that party considers that it is not practicable or effective to suspend concessions or other obligations with respect to the same sector(s), it may seek to suspend concessions or other obligations in other sectors under the same agreement*; (c) *if that party considers that it is not practicable or effective to suspend concessions or other obligations with respect to other sectors under the same agreement, and that the circumstances are serious enough, it may seek to suspend concessions or other obligations under another covered agreement (...)*”.

²⁸¹ Abbott, 2009, p. 10.

Essa é a razão pela qual o réu deve pesar muito a estratégia de suspensão e buscar setores sensíveis no mercado doméstico do réu, que tenham um forte apelo político, a fim de maximizar a pressão. Ao mesmo tempo, o reclamante deve buscar bens ou serviços em setores que minimizem o dano para seu próprio mercado doméstico.

Certamente, para a maior parte dos países em desenvolvimento, o dano econômico por ventura causado a produtores, prestadores de serviços e consumidores, ao aumentar barreiras comerciais pela suspensão de concessões, superará o dano à economia almejado contra o réu. Realmente, como sugerido por Hudec, aumentar as barreiras comerciais para produtores pode aumentar o custo dos insumos que podem aumentar o preço final de produtos destinados aos mercados domésticos ou internacionais²⁸². O mercado doméstico perde.

Ainda que as perdas para uma economia desenvolvida podem não representar um grande problema para a economia doméstica, a situação não é a mesma para uma economia em desenvolvimento, que luta para aumentar sua parcela de mercado com parceiros internacionais.

A ideia de suspensão de concessões é induzir o cumprimento. Assim sendo, a indução ao cumprimento de medidas de retaliação pode ser muito difícil em situações em que existe um grande desequilíbrio, em termos de volume comercial e poder econômico dos membros envolvidos na disputa. De fato, especialmente no tocante aos bens primários e aos investimentos, a suspensão de concessões provavelmente será contraproducente, já que haverá aumento de custos para os fabricantes e uma provável perda de competitividade²⁸³.

Portanto, relativamente à ideia de indução do cumprimento da decisão adotada, a retaliação cruzada é uma opção para países em desenvolvimento menores para retaliar de maneira mais efetiva. Por exemplo, o não pagamento de royalties de patentes para um dono de patente de um membro desenvolvido pode, por um lado, aumentar a prosperidade no mercado do reclamante e, por outro, ensejar forte pressão política no país violador²⁸⁴.

Normalmente a retaliação ocorrerá no mesmo setor e acordo em questão na disputa. Entretanto, sempre que um membro considera que não é efetivo ou prático aplicar a suspensão de concessões sob o mesmo acordo da OMC, o reclamante pode requerer a retaliação cruzada nos termos do Artigo 22:3 (c).

²⁸² Ibid.

²⁸³ Ver Abbott, 2009.

²⁸⁴ Ver Bown; Pauwelyn, 2010, p. 14.

De acordo com o Dicionário Oxford, eficaz significa “que algo é bem sucedido na produção do resultado desejado”. A eficácia deveria ser entendida como sendo ponderosa em seus efeitos, uma vez que alcança o resultado desejado. Por outro lado, prático significa que algo é capaz de ser feito ou colocado em prática com sucesso²⁸⁵. Isso implica que a verificação da praticidade da suspensão de concessões num determinado setor na prática real, considerando todas as condições do querelante e do mercado do réu.

Dentre as intenções de retaliação cruzada, normalmente incluem-se a suspensão de concessões comerciais no GATS ou no TRIPS, os dois acordos introduzidos nas regras de comércio multilateral como consequência das negociações da Rodada Uruguai.

No entanto, a retaliação cruzada sob o GATS não parece ser tão promissora quanto sob o TRIPS. A suspensão de serviços foi autorizada somente uma vez – no caso CE-Bananas. Uma razão para isso está no fato de que os países em desenvolvimento dependem muito do suprimento de serviços dos países desenvolvidos.

Num estudo sobre retaliação cruzada no GATS, apoiado pelo Centro Internacional de Comércio e Desenvolvimento Sustentável, Appleton afirma que a retaliação cruzada em serviços não seria suficiente para persuadir o réu a trazer suas medidas inconsistentes em conformidade. O autor acredita que quando membros em desenvolvimento suspendem concessões do GATS e outras obrigações, eles sofrerão sem dúvida. Por outro lado, quando a suspensão de concessões é feita no TRIPS, o mundo desenvolvido tem mais probabilidade de sofrer²⁸⁶.

Note-se que a retaliação cruzada é aplicada numa base MFN, o que significa que ela é direcionada somente ao membro perdedor na disputa. Os maiores obstáculos à retaliação cruzada são questões técnicas de cumprimento no mercado doméstico. Ainda que esta pesquisa englobe os três casos de retaliação cruzada que foram aprovados, o mecanismo não foi posto em prática até a presente data. Dos documentos é possível inferir os desafios técnicos para o mercado doméstico, mas é difícil estimar as reais dificuldades.

Ainda, a retaliação cruzada é um mecanismo puramente político de pressão para induzir o cumprimento. Esse é outro desafio para o membro reclamante em desenvolvimento uma vez que ele tem que brigar contra a forte pressão dos setores privados poderosos. No

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ Ver Appleton, 2009, p. 33-34.

caso específico dos direitos de propriedade intelectual (PI), os países que dependem da indústria de PI podem fazer muito barulho na imprensa, por exemplo, e acusar os países reclamantes que suspenderam a proibição da pirata relativa a direitos de PI internacionais.

O Artigo 22:3 (c) também menciona que as circunstâncias deveriam ser sérias suficientes para justificar a retaliação cruzada. O reclamante deve esclarecer para a OMC as razões pelas quais está pedindo retaliação cruzada, e a seriedade das circunstâncias envolvidas. Para tanto, o Artigo 22:3 (d) especifica que a parte deve levar em consideração: (i) o comércio no setor ou no acordo no qual o painel ou Órgão de Apelação encontrou a violação ou outra nulidade ou prejuízo, bem como a importância de tal comércio para a parte e; (ii) os elementos econômicos mais amplos relacionados à nulidade ou prejuízo e as consequências econômicas mais amplas da suspensão de concessões ou outras obrigações.

Todavia, o Artigo 22:4 do ESC reforça a necessidade de equivalência no nível de retaliação, que foi previamente mencionado nesta pesquisa, na seção dedicada à suspensão de concessões. Isso poderia ser um terreno movediço para os árbitros.

Como não há definição do que uma medida equivalente deva levar em consideração, os árbitros fazem suas próprias escolhas sobre como avaliar a proporcionalidade²⁸⁷. De qualquer forma, o primeiro passo para determinar a equivalência é analisar e calcular o dano causado pela retaliação cruzada, levando em conta o nível de nulidade ou prejuízo considerado na disputa - que é um processo bastante complexo.

A retaliação cruzada é um procedimento usado como exceção ou opção secundária no caso da retaliação tradicional não ser prática ou efetiva numa certa disputa, o que deve ser comprovado pelo membro reclamante. Todavia, no que tange os países em desenvolvimento, a retaliação cruzada tem sido apresentada como um remédio consideravelmente efetivo.

Especialmente a retaliação cruzada em TRIPS tem mais chance de impor pressão no lugar certo, onde possa causar mais dano nas indústrias dependentes de PI de países desenvolvidos. Por essa razão, maior ênfase será dada neste capítulo a retaliação cruzada na forma de suspensão de concessões sob TRIPS.

²⁸⁷ Ver Basheer, 2009, p. 16-17.

5.2 Retaliação cruzada em TRIPS: temas de interesse

A fim de discutir a suspensão de obrigações em TRIPS e sua efetividade como arma de retaliação em favor de países em desenvolvimento, é fundamental entender e analisar, ainda que brevemente, os direitos de propriedade intelectual em geral e seu escopo, em particular.

Além do mais, é indispensável estudar como a suspensão desses direitos funciona em termos do nível de retaliação, proporcionalidade e inconsistência, assuntos tratados na disputa padrão.

5.3 Suspensão de obrigações em TRIPS

• TRIPS: visão geral

O Acordo TRIPS é o acordo mais completo de propriedade intelectual (PI), tendo em vista a sua cobertura. Daniel Gervais refere-se ao acordo como sendo “a pedra angular mais significativa no desenvolvimento da propriedade intelectual no século vinte”²⁸⁸. Como instrumento integrante das convenções existentes previamente de direitos de PI, o acordo estabelece padrões mínimos de proteção de propriedade intelectual sobre:

- Direitos autorais e direitos relacionados;
- Marcas;
- Indicações geográficas;
- Desenhos industriais;
- Patentes;
- Circuitos integrados e;
- Informação protegida (segredos comerciais).

O Acordo TRIPS foi trazido para a mesa de negociações na Rodada do Uruguai pelas nações industrializadas; em grande medida lideradas pelos EUA. O objetivo era universalizar padrões de proteção de direitos de propriedade intelectual, já incorporados pela legislação de

²⁸⁸ Gervais, 2003, p. 3. Livre tradução de: “*the most significant milestone in the development of intellectual property in the twentieth century*”. Ver também UNCTAD, 2003.

países industrializados, uma vez que naquele momento esses países tinham adquirido um alto nível de capacidade tecnológica e industrial.

O argumento dos países desenvolvidos era que o sistema legal de comércio internacional de direitos de propriedade intelectual (DPI) não estava ajustado corretamente às necessidades em mudança na comunidade de propriedade intelectual. Além disso, os países industrializados argumentavam que os desenvolvimentos tecnológicos, tais como o avanço da sociedade de informação, facilitavam e cooperavam para a rápida cópia e disseminação de material pelo mundo, o que exigia novas formas de proteção dos DPI²⁸⁹.

A proposta básica por parte dos países desenvolvidos era que eles liberariam comércio em bens, mas em troca todos os países deveriam reconhecer padrões básicos de proteção de propriedade intelectual (incluindo as Convenções de Paris e Berna além de outras convenções de PI)²⁹⁰.

Correa afirma que os países em desenvolvimento negociaram padrões elevados de proteção de direitos de propriedade intelectual contra sua vontade²⁹¹. Os países aceitaram importantes concessões em termos de reformas de sua legislação de propriedade intelectual encorajados pela inclusão de políticas de estímulo à transferência de tecnologia, acesso a novas tecnologias e farmacêuticos, e acesso de mercado aos seus produtos. Entretanto, Correa nota que os

²⁸⁹ Ver Claessens, 2009, p. 45. O autor também aponta que as tentativas de atualizar as Convenções de Paris e Berna para melhorar o sistema de cumprimento falharam ao longo dos anos. Ibid.

²⁹⁰ Assinada em 1883, a Convenção de Paris foi a primeira tentativa de proteger multilateralmente a propriedade industrial e ainda é a convenção mais importante da área. De fato, a motivação para a criação de um sistema de proteção à propriedade industrial surgiu quando em 1873 exibidores estrangeiros se recusaram a comparecer à Exibição Internacional de Invenções de Viena por temerem que suas invenções e ideias fossem copiadas. Então, o Congresso Internacional de Propriedade Industrial de 1878 criou uma estrutura para proteção industrial em resposta aos apelos dos exibidores. O resultado foi a Convenção de Paris de 1883. Por sua vez, a Convenção de Berna, de 1886, constituiu uma união de proteção de direitos de autores no campo dos trabalhos artísticos e literários. É o tratado internacional mais antigo de direitos autorais. Assim como a Convenção de Paris, o tratado de Berna também tem o tratamento nacional como um dos pilares do sistema de proteção criado por ele. Nacionais e estrangeiros de todos os países que são parte da União devem gozar o mesmo tratamento em todos os países.

²⁹¹ Correa, 2000, p. 3

países em desenvolvimento não obtiveram nenhuma dessas concessões compensatórias dos países industrializados²⁹².

Note-se também que desde o GATT e até hoje a maior parte dos países em desenvolvimento – devido a seus recursos limitados para investimento em pesquisa e desenvolvimento (P&D), bem como a falta de capacidade tecnológica –, lucraram pouco com um sistema denso de propriedade intelectual.

Ainda que o preâmbulo do Acordo TRIPS afirme que ele foi criado com o intuito de reduzir as distorções e impedimentos comerciais, um modelo de acordo *one-fits-all* torna a situação consideravelmente difícil para os países em desenvolvimento. Além disso, o preâmbulo ressalta a necessidade de promover uma proteção eficiente e adequada de direitos de propriedade intelectual, e a necessidade de garantir medidas e procedimentos de reforço para que os DPIs não se tornem barreiras para o comércio legítimo²⁹³. Ainda que os padrões de proteção não estabeleçam barreiras comerciais, eles certamente contribuem para a lacuna entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, uma vez que os últimos não têm o mesmo nível de avanço tecnológico, nem condições de conhecimento e econômicas para investir na sua própria riqueza intelectual.

Os padrões de proteção estabelecidos no Acordo TRIPS relacionam-se tanto com a disponibilidade de direitos quanto com sua aplicação²⁹⁴. Isso significa que os membros da OMC não podem criar níveis de proteção de propriedade intelectual mais baixos que os estabelecidos pelo TRIPS.

Os membros da OMC foram obrigados a implementar “padrões básicos de cumprimento mínimo de obrigações nos seus respectivos sistemas legais nacionais”²⁹⁵. A estrutura dos DPIs que emergiu do TRIPS universalizou padrões de proteção para certos setores da indústria, que eram sensíveis para países desenvolvidos.

Todavia, ainda que o TRIPS seja flexível no tocante ao nível de nacional de proteção, o Acordo limita as opções que poderiam

²⁹² Ibid.

²⁹³ Ver Acordo TRIPS.

²⁹⁴ Ver Correa, 2000, p. 2. As obrigações referentes à implementação de padrões dispostos na TRIPS foram feitos em várias fases durante os períodos de transição dependendo do nível de desenvolvimento do membro da OMC em questão.

²⁹⁵ Abbott, 2009, p. 3. Livre tradução de: “*baseline standards and minimum enforcement obligations in their respective national legal systems*”.

estar disponíveis para os países em desenvolvimento e – como um modelo que serve para todos –, ignora assimetrias econômicas e tecnológicas profundas entre membros.

Assim, o Acordo TRIPS desde o começo foi mais favorável às economias desenvolvidas, que tinham um desenvolvimento próspero desde o GATT com relação a produtos intangíveis e serviços protegidos pela propriedade intelectual. Todavia, desde 1999 – quando o Equador surpreendentemente propôs uma retaliação cruzada em direitos de PI –, o cenário mudou. Suspender uma obrigação em TRIPS e ameaçar atacar um setor muito sensível de economias desenvolvidas e dependentes da indústria de PI acabou se tornando uma grande arma no sistema de resolução de controvérsias.

Várias considerações podem ser feitas com relação ao uso da suspensão de obrigações em TRIPS num procedimento de retaliação cruzada – sempre considerando um membro de país em desenvolvimento como reclamante e um membro de país desenvolvido como reclamado.

Para prosseguir com este estudo, faz-se pertinente uma introdução à tipologia de direitos de propriedade intelectual selecionados por sua importância a esta tese. As diferentes características dos direitos de PI influenciam a viabilidade e efetividade - ou não-, de se aplicar retaliação cruzada afetando um ou outro direito de proteção de propriedade intelectual.

• Marcas

Marcas são tipos de propriedade industrial que se referem a signos ou símbolos que indicam sua origem. Elas permitem que o público distinga entre bens e serviços de diferentes países, desempenhando um papel chave nas economias de mercado uma vez que é valioso para o consumidor e para o dono da marca.

Através das marcas os consumidores podem escolher produtos no mercado e, ao escolher, eles podem dar ao dono da marca um retorno sobre o produto incentivando-o a produzir bens de alta-qualidade – considerando, é claro, que o consumidor esteja preocupado com a qualidade do produto em primeira mão quando ele escolhe determinada marca²⁹⁶. De fato, a qualidade dos bens e serviços vendidos em conexão com a marca também é uma função importante ou uma razão para proteger a marca.

²⁹⁶ Ver Tritton, 2008, p. 225.

Seguindo a organização Laurie *et.al.*, uma marca tem quatro funções básicas: é um certificado de origem, uma indicação de qualidade, um meio de propaganda e um veículo de investimento²⁹⁷. A primeira e segunda função foram brevemente endereçadas neste estudo. A terceira função – de meio de propaganda – refere-se à propaganda de bens e serviços vendidos pelo comércio em conexão com a marca (para trazer para a atenção do público uma marca particular). As últimas funções indicadas pelos autores se referem ao tempo e dinheiro que normalmente é gasto na construção de consciência do consumidor de uma marca particular²⁹⁸.

Assim, as marcas têm como objetivo garantir que os consumidores façam a escolha certa. Elas criam um mercado diverso e competitivo onde os consumidores estão dispostos a pagar preços diferenciados dependendo da diversidade/qualidade do produto. Dessa forma, uma das funções básicas da marca é identificar a origem e evitar confusão.

Certamente pode-se inferir que a confusão leva a uma situação onde o consumidor não pode fazer uma escolha racional²⁹⁹. De fato, a estrutura da marca é pensada para evitar que os concorrentes confundam os consumidores fazendo-os pensar que estão comprando bens e serviços de uma fonte confiável e original quando não estão³⁰⁰. Se esse for o caso, o direito de marcas pode ser usado para evitar que o concorrente que está confundindo o consumidor continue fazendo-o.

A fim de evitar confusão, nenhum registro de marca é necessário. O registro não é necessário para identificar uma origem de marca. Entretanto, hoje em dia todos os países têm um sistema de comércio e registro, que pode ser usado numa maneira particular. Por

²⁹⁷ Ver Laurie; MacQueen; Waelde, 2008, p. 537-547.

²⁹⁸ Id., p. 544. Os autores explicam que as funções de marketing, qualidade e investimento são comumente conhecidas como funções comunicativas da marca.

²⁹⁹ Uma escolha racional envolve avaliação, investigação do que os consumidores vão comprar. Requer transparência do produto e perfeitas condições de distinguir o original do falsificado. Mais sobre escolha racional pode ser lido na Enciclopédia de Filosofia Stanford disponível online em: < <http://plato.stanford.edu/entries/economics/#5> >.

³⁰⁰ A estrutura internacional da marca é composta de: Acordo TRIPS (OMC), Convenção de Paris, convenção de Berna, Acordo de Madrid, Protocolo de Madrid, Tratado de Lei de Marca, Tratado de Singapura e Classificação de Nice. Com exceção do TRIPS, todos os outros acordos são administrados pela OMPI.

exemplo, em alguns países a concessão de uma marca pode ser baseada somente no registro, enquanto em outros a marca pode derivar de seu uso no comércio. Muitas marcas são atualmente registradas mesmo antes de serem usadas.

Note-se também que o registro é territorial, mas a marca não é. A marca pode ser reconhecida pelo uso no comércio que pode ter duração potencialmente indefinida, como sugerido por Abbott³⁰¹.

○ Suspensão de Concessões de Marcas sob TRIPS

A suspensão de obrigações relacionadas a marcas comerciais em TRIPS pode ser bastante problemática. Como o direito de marcas comerciais pretende proteger o consumidor, a suspensão de seus direitos pode levar a uma situação complicada no mercado doméstico de quem usa a medida retaliatória.

Primeiramente, durante o período de suspensão de obrigações de marcas comerciais em TRIPS, os consumidores que estão acostumados com a verdadeira marca e sua originalidade e qualidade podem não querer comprar produtos de outras fontes, uma vez que eles podem ser de qualidade inferior. Ao adotar esta medida, o governo pode causar insatisfação ao consumidor. Segundo, a reputação da marca registrada no país doméstico pode sofrer danos irreparáveis a longo prazo, e isso pode também não ser desejável para a economia de um país em desenvolvimento que está aplicando as medidas de retaliação cruzada³⁰².

Contudo, como observado por Abbott, uma decisão de suspender a proteção de uma marca registrada ou não pode ser influenciada pelo fato do país que está retaliando já ter um mercado de falsificação significativo ou não relacionado a essa marca específica. Se o membro da OMC já tem um mercado de falsificação significativo e se o consumidor normalmente não compra o produto original, o risco de causar dano à economia doméstica é diminuído. Por outro lado, se essa for a situação, empresas multinacionais maiores, que investem pesadamente na propaganda de suas próprias marcas - podem fazer pressão para que o governo do membro réu cumpra a decisão adotada pela OMC³⁰³.

³⁰¹ Ver Abbott, 2009, p. 27-28.

³⁰² Ibid.

³⁰³ Abbott, 2009, p. 28.

A conclusão preliminar é que, se as circunstâncias são as indicadas acima, a suspensão de marcas comerciais como mecanismo de retaliação cruzada pode ser uma arma significativa de pressão para induzir o cumprimento. Entretanto, uma última consideração deve ser feita.

Abbott chama atenção para o fato de que ainda que a suspensão de marcas comerciais seja uma opção possível de retaliação cruzada, ela pode enfrentar problemas com relação a ações de comércio exterior. A suspensão de uma marca registrada dentro do território nacional não suspenderá a mesma proteção em outros territórios nacionais – uma vez que as marcas são concedidas de forma individual em cada país. Assim, quando produtos produzidos sob a suspensão de proteção de uma marca registrada são exportados, eles podem trazer mais problemas para o país que está retaliando, uma vez que vai afetar o nível de suspensão de obrigações de marcas comerciais³⁰⁴.

- Indicações Geográficas

Indicações geográficas (IG) também se referem a um nome ou sinal que indica a localização geográfica de certo produto. Normalmente, devido à origem geográfica, indicações geográficas são usadas como certificação de qualidades do produto, tais como métodos tradicionais e reputação.

Como afirma Tritton, o nome geográfico foi usado somente para indicar a procedência de um produto – região ou localidade. Com o tempo, as indicações geográficas ajudaram consumidores na sua escolha de compra³⁰⁵ por produtos que fossem altamente considerados pelos consumidores.

O TRIPS dá uma ampla definição de IG que se refere às indicações para caracterizar ou identificar “um produto como originário de um território de um membro, ou uma região ou localidade naquele território, onde certa qualidade, reputação ou outra característica do bem é essencialmente atribuível a essa origem geográfica”³⁰⁶.

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ Tritton, 2008, p. 450. Note que as indicações geográficas não protegem somente produtos agrícolas. Por exemplo. Vidro de Murano produzido em Veneza e o Cristal Waterford são protegidos por IG. Ver também O'Connor, 2004, p. 18-19.

³⁰⁶ Artigo 22.1, TRIPS. O acordo TRIPS divulga um Artigo separado para impor regras nos vinhos e bebidas alcoólicas: Artigo 23, TRIPS. Além da

A ampla definição de indicações geográficas inclui a apelação de origem. Isso significa que a necessidade de ligação entre a reputação do produto e o território deve ser mais alta³⁰⁷.

Com uma rica história de produção agrícola especial e local, indicações geográficas são particularmente importantes para a Europa³⁰⁸. Através da forte proteção de IGs, a Europa protege seus métodos de produção, encorajando sua qualidade de produção e promovendo um aumento considerável de renda na região protegida pela IG.

Com razão as indicações geográficas são um tópico central de discussão da atual Rodada de Doha. A Europa tem pressionado pelo aumento de sua proteção, ao mesmo tempo em que é mais e mais demandada nesse tópico na OSC e países em desenvolvimento cada vez mais brigam por proteger seus próprios IGs.

Assim como as marcas comerciais, a suspensão de obrigações de IG em TRIPS parece ser contraproducente. Primeiro, os consumidores podem não estar interessados em comprar um produto de qualidade inferior ou diferente se eles gostam do produto original protegido pela IG. Segundo, como uma indicação geográfica é protegida numa base de país a país (como marca registrada) e é completamente dependente da legislação nacional, sua proteção pode variar consideravelmente. Entretanto, devido à variedade de legislação de proteção, Abbott sugere pode ser “possível que alguns destinos potenciais de exportação fossem protegidos por uma dada IG a fim de que não houvesse impedimento legal específico para a exportação ou importação”³⁰⁹.

- Patentes

De acordo com a definição da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), uma patente é um direito exclusivo dado a uma invenção. A invenção pode ser um produto ou um processo

TRIPS, a estrutura internacional significativa da IG inclui Convenção de Paris, Acordo de Madri sobre as Indicações de Fonte e o Acordo de Madri de Registros de Marcas Internacionais (1891) e o Acordo de Lisboa de Apelações de Origem (1958).

³⁰⁷ WIPO/GEO/BEI/07/15, p. 3.

³⁰⁸ Alguns exemplos famosos de IGs na Europa são: queijo Roquefort, Scotch whisky, Parmigiano Reggiano, Presunto de Parma e Champagne.

³⁰⁹ Abbott, 2009, p. 29.

que normalmente dá uma nova solução técnica para o problema e oferece uma nova maneira de fazer algo³¹⁰.

A patente é um direito territorial que dá ao inventor o monopólio que exclui outros de explorarem comercialmente a invenção. A lógica das patentes é dar incentivos à inovação oferecendo aos inventores reconhecimento e recompensa econômica pela sua criatividade e trabalho.

A patente dá a seu dono um período limitado de proteção, que normalmente é de 20 anos contando da data do registro da patente³¹¹. A exploração comercial da invenção funciona como uma recompensa ou troca para ser divulgada ao público.

Assim, a proteção de patente significa que ninguém, a não ser o dono da patente, pode fazer uso comercial, ou distribuir, ou vender a patente. Todos os outros que queiram fazer alguma transação comercial com a patente devem ter o consentimento do dono. Durante o período que a patente é dada, o dono da patente é a única pessoa que pode avaliar e dar permissão ou licença de uso para sua invenção³¹².

Em troca da proteção da patente, os seus donos estão obrigados a divulgar informação sobre sua invenção ao público a fim de enriquecer o conhecimento no mundo. De acordo com a WIPO:

Um corpo de conhecimento público crescente promove mais criatividade e inovação em outros. Dessa forma, as patentes dão não só proteção ao dono, mas também informações valiosas e inspiração para gerações futuras de pesquisadores e inventores³¹³.

³¹⁰ OMPI. Informação disponível em: <http://www.wipo.int/patentscope/en/patents_faq.html#protection>. Considera-se primeiro sistema de patente o Veneziano, por volta de 1450. Ver David, 1992.

³¹¹ Ver Artigo 33, TRIPS.

³¹² O dono pode também vender o direito da invenção a alguém que então será o novo dono da patente.

³¹³ Livre tradução de: “*Such an ever-increasing body of public knowledge promotes further creativity and innovation in others. In this way, patents provide not only protection for the owner but valuable information and inspiration for future generations of researchers and inventors*”. WIPO. Disponível em: <http://www.wipo.int/patentscope/en/patents_faq.html#protection>. A estrutura significativa internacional para o sistema de patentes inclui além do Acordo TRIPS, a Convenção de Paris, o Tratado de Cooperação de Patente 1970 e o Tratado de Lei de Patente 2000 (todos administrados pela OMPI).

Os escritórios de patentes, nacional ou regional, são as instituições responsáveis por conceder (ou não) a patente³¹⁴. O Tratado de Cooperação de Patente concede aos países designados a possibilidade de fazer um registro internacional de patente único – que tem o efeito de um registro nacional³¹⁵. O inventor pode fazer um registro e pedir a proteção de tantos estados signatários quanto deseje.

A Convenção de Paris estabeleceu um direito de prioridade de concessão de direito de proteção para a propriedade industrial. De acordo com seu Artigo 4.1, qualquer pessoa “que tenha feito um registro de patente em boa fé [...] em um dos países da União, ou seu sucessor legal, podem gozar, com o intuito de registrar em outros países, o direito de prioridade durante os períodos doravante fixados”³¹⁶. O período de prioridade para patentes é de 12 meses, a contar da data de seu registro³¹⁷.

Em relação às invenções que podem ser protegidas, a OMPI explica que a invenção deve preencher as seguintes condições: deve ter uso prático, deve mostrar um elemento de novidade – ou seja, alguma característica nova que não é conhecida no corpo de conhecimento existente em seu campo técnico (*prior art*) -, e, deve mostrar um passo inventivo. Ainda que não haja evidência real de que a patente contribui para a inovação e/ou atividade econômica, o inventor somente terá a patente se ela contribuir para a sociedade.

Uma vez que a proteção termina, a patente expira e o dono não tem mais direitos exclusivos e as proteções previamente protegidas entram no domínio público para a livre exploração por terceiros.

³¹⁴ Por exemplo, o escritório de patente nacional no Brasil é o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). Informação disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/>>. Em relação aos escritórios regionais, o mais famoso é o de Escritório de Patentes Europeu. Informação disponível online em: <<http://www.epo.org/>>. Note que no sistema regional, o aplicante pode pedir proteção para a invenção em um ou mais países que são parte do sistema, e cada país decide individualmente se oferece proteção de patente dentro de suas fronteiras. Ver OMPI.

³¹⁵ O Tratado de Cooperação de Patente é administrado pela OMPI e está disponível em: <<http://www.wipo.int/pct/en/texts/Artigos/atoc.htm>>.

³¹⁶ Artigo 4.1, Convenção de Paris. Livre tradução de: “*who has duly filed an application for a patent [...] in one of the countries of the Union, or his successor in title, shall enjoy, for the purpose of filing in the other countries, a right of priority during the periods hereinafter fixed*”.

³¹⁷ Artigo 4, c (1), Convenção de Paris.

- Suspensão de Concessões de Patentes em TRIPS

A suspensão de patentes em TRIPS parece ser uma opção atraente e pode ter uma variedade de formas. Ainda que as patentes sejam sujeitas a exceções que não podem diminuir sob o Acordo TRIPS – tais como a licença compulsória e as exceções de limites que podem ser adotadas pelas autoridades nacionais³¹⁸ –, a suspensão dessas obrigações é interessante para os países em desenvolvimento.

De acordo com Abbott, a suspensão de obrigações relativas a patentes poderia ser aplicada a uma patente específica, ou a uma categoria de patentes, ou ao invés disso, poderia ser aplicada através de toda a variedade de patentes que podem ter sido concedidas ao país que está usando a medida suspensiva. Ainda, o autor sugere que uma vantagem dessa opção de retaliação cruzada é que o dono da patente já deve ter divulgado uma grande parte da informação técnica sobre a invenção, de tal forma que permita que terceiros pratiquem essa invenção³¹⁹.

O país que está suspendendo pode escolher entre suspender certas categorias de patentes ou algumas patentes do titular e não outras. Isso pode levar à discussão sobre se a escolha de suspensão de alguns direitos de patentes sobre outros configuraria discriminação nos termos do Artigo 27.1 do TRIPS. Entretanto, o país que está suspendendo pode argumentar e justificar que antes da situação de suspensão, categorias diferentes de patentes podiam ser tratadas de forma diversa.

Assim como as marcas registradas, as patentes são concedidas num sistema de país a país. Isso levanta a mesma questão previamente mencionada quando se refletiu sobre as marcas registradas, uma vez que a suspensão de direito de patente num país A não significa a suspensão num país B. Se a exportação de um produto produzido com suspensão de direitos de patente for considerada de um país A para um país B – onde o produto ainda seja patenteado –, essa situação pode trazer problemas comerciais.

Apesar disso, Abbott afirma que “é bem provável que qualquer invenção posta no mercado do país que está suspendendo tenha destinos de exportação potencial significativo, em que patentes paralelas

³¹⁸ Ver Artigo 30 e 31 do Acordo TRIPS.

³¹⁹ Ver Abbott, 2009, p. 25.

não vigorem”³²⁰. De fato, a viabilidade de mercados de exportação deve ser levada em conta relativamente ao nível de suspensão de concessões de retaliação cruzada.

Como uma medida temporária, uma vez que contramedidas são temporárias tanto na retaliação tradicional quanto no procedimento de retaliação cruzada, o país que está suspendendo deve considerar a criação de um novo cenário quando a suspensão terminar. A reintegração do direito exclusivo de patente ao titular precisa considerar temas como: pedidos de exceção de infração para atividades durante o período no qual a suspensão estava válida; o direito de vender os produtos/invenções restantes e; o uso continuado de produtos protegidos por patentes vendidas durante o período de suspensão³²¹.

O processo de suspensão de direitos de patente também pode ser considerado de uma forma equivalente à licença compulsória, mas sem pagamento de compensação. Considerando o bem estar social, Abbott diz que um país pode pensar primeiramente na possibilidade de emitir licenças compulsórias para a importação de produtos farmacêuticos genéricos para substituir os, geralmente caros, produtos farmacêuticos patenteados no mercado³²². Devido à informação normalmente disponível de preços de volume de produtos patenteados, os governos devem poder fazer inferências sobre as economias que podem advir da suspensão do direito de patentes no setor farmacêutico.

- Direitos Autorais e direitos relacionados

Direitos autorais são aqueles que protegem os autores, executores, produtores e divulgadores. Eles protegem as expressões de autores e artistas, incluindo os trabalhos envolvidos nos negócios tais como a elaboração de programas computacionais. De acordo com Smits e Verliden, “direitos autorais derivam do simples fato de exteriorizar uma criação, seja ela literária, artística ou outro tipo de trabalho”³²³.

³²⁰ Id., p. 26. Livre tradução de: “*it is quite likely that for any invention placed on the market in a suspending country there will be a significant number of potential export destinations where parallel patents will not be in force*”.

³²¹ Ibid.

³²² Abbott, 2009, p. 37.

³²³ Smits; Verlinden, 2009, p, 157. Livre tradução de: “*copyright arises from the simple fact of exteriorizing a creation, being it a literary, artistic or other type of work*”. Apenas com objetivos históricos, é interessante notar que na maioria dos países europeus a origem dos direitos autorais “residiu no esforço do

Primeiramente protegidos pela Convenção de Berna para a Proteção de Trabalhos Artísticos e Literários, um dos principais princípios criados pelas partes contratantes é que nenhuma formalidade é exigida a fim de proteger um direito autoral na Convenção. O Artigo 5 (2) da Convenção de Berna estipula que:

(2) O gozo e exercício desses direitos não devem estar sujeitos a qualquer formalidade; esse gozo e exercício devem ser independentes da existência de proteção no país de origem do trabalho. Consequentemente, separado da previsão desta Convenção, a extensão da proteção, assim como os meios de reparação permitidos ao autor para proteger seus direitos, devem ser governados exclusivamente por leis do país onde a proteção está sendo requerida³²⁴.

É interessante notar que a Convenção de Berna adota a abordagem francesa para o tratamento de direitos autorais. Isso significa que ainda que se refira aos direitos do autor, uma definição englobada no espírito da Revolução Francesa de 1789: liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, o direito do autor foi considerado o direito do criador do trabalho assim como um direito natural. Essa é a abordagem usada, por exemplo, no Brasil.

governo de regular e controlar o resultado de impressões, uma vez que a tecnologia de imprensa havia sido inventada e se estabeleceu nos séculos XV e XVI [...] isso significou uma circulação mais rápida e ampla de ideias”. Livre tradução de: “*lie in the efforts of government to regulate and control the output of printers once the technology of printing had been invented and become established in the 15th and 16th centuries. [...] this meant much more rapid and widespread circulation of ideas and information*”. Em: Laurie; MacQueen; Waelde, 2008, p. 34. Assim, o primeiro termo de proteção foi elaborado para que a pessoa que fazia o investimento econômico pudesse transformar o manuscrito num livro impresso, por exemplo.

³²⁴ Artigo 5 (2), Convenção de Berna. Livre tradução de: “(2) *The enjoyment and the exercise of these rights shall not be subject to any formality; such enjoyment and such exercise shall be independent of the existence of protection in the country of origin of the work. Consequently, apart from the provisions of this Convention, the extent of protection, as well as the means of redress afforded to the author to protect his rights, shall be governed exclusively by the laws of the country where protection is claimed*”.

Por outro lado, o termo direito autoral refere-se ao sistema inglês, que tem uma abordagem econômica do assunto. Os tratados mais recentes da OMPI – incluindo o Tratado de Direitos Autorais da OMPI –, seguem o sistema inglês, que tem uma ampla compreensão dos direitos autorais e que estão incluídos no direito do autor.

Mais que direitos econômicos, a Convenção de Berna ressalta a proteção de direitos morais. No seu Artigo 6, a Convenção estabelece a proteção de direitos morais, que subsistem independentemente do direito econômico do autor e mesmo depois da transferência dos direitos econômicos. O autor sempre tem o direito de reclamar sua autoria e de objetar quaisquer distorções que possam ser prejudiciais à sua honra ou reputação³²⁵.

○ Suspensão de Concessões de Direitos Autorais sob TRIPS

A suspensão de direitos autorais em TRIPS pode tomar diversas formas. Por exemplo, ao invés de excluir direitos, a suspensão pode atacar a maneira de agir, o uso dos direitos autorais. Abbott dá um exemplo de como a suspensão de direitos autorais pode autorizar a reprodução de filmes DVDs, mas proibir sua transmissão na televisão ou nos teatros públicos³²⁶.

Ainda, a suspensão de direitos autorais pode ser aplicada para atacar royalties devidos. Uma limitação na distribuição de royalties recebidos de licenças de trabalhos protegidos pelos direitos autorais. Isso poderia não afetar o direito do titular do direito autoral de excluir outros de seu uso, mas poderia prejudicar os donos dos licenciamentos. A nulidade ou prejuízo poderiam ser determinados pelo nível de pagamento de royalties. Na verdade, na disputa de *US- Copyright* foi

³²⁵ O Artigo 6 (1), da Convenção de Berna: “(1) Independentemente dos direitos econômicos do autor, e mesmo depois da transmissão dos ditos direitos, o autor tem o direito de reclamar autoria do trabalho e opor objeção a qualquer distorção, mutilação ou outra modificação de, ou ação derogatória ao dito trabalho, que venha a ser prejudicial à sua reputação ou honra”. Livre tradução de: “(1) *Independently of the author's economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation*”.

³²⁶ Ver Abbott, 2009, p. 23.

exatamente isso que os árbitros sugeriram no recurso à arbitragem, sob o Artigo25 da ESC:

4.40 Em seu cálculo, os Árbitros tentaram estimar a quantidade de royalty que os titulares da CE receberam, antes de entrar em vigor a Emenda 1998 para o uso de música transmitida dos tipos de estabelecimentos que eram recentemente isentos pela Emenda. Com esse objetivo, usamos dados históricos disponíveis de recibos dos dois maiores CMOs americanos para quem os titulares da CE confiaram o licenciamento de seus direitos – ASCAP e BMI. Como notamos antes, ambas as partes consideraram que a quantidade de royalties pagos a titulares europeus por terceiros ao US CMO, SESAC, é insignificante.

4.41 Com base nos dados históricos podemos afirmar que nosso cálculo leva em consideração a renda do licenciamento daqueles estabelecimentos que usaram a música transmitida naquele tempo e que compraram a licença da ASCAP ou BMI. Nosso cálculo não inclui nenhuma quantidade hipotética de royalties daqueles estabelecimentos que não tocaram música transmitida mas que não adquiriram licença das CMOs em questão[...]³²⁷.

Considerando o ambiente digital, Abbott também levanta a questão da preocupação com a dificuldade de controlar a propagação de

³²⁷ WT/DS160/ARB25/1, p. 28. Livre tradução de: “4.40 *In their calculation, the Arbitrators have attempted to estimate the amount of royalties that EC right holders received, prior to the entry into force of the 1998 Amendment, for the use of broadcast music from the types of establishments that were newly exempted by that Amendment. For that purpose, we have used the historical data available to us regarding the receipts of the two biggest US CMOs to whom EC right holders have entrusted the licensing of their rights – ASCAP and BMI. As we have noted before, both parties consider that the amount of royalties paid to EC right holders by the third US CMO, SESAC, is insignificant. 4.41 Relying on this historical data means that our calculation takes into account the licensing income from those establishments that used broadcast music at that time and had acquired a license from ASCAP or BMI. Our calculation does not include any hypothetical amount of royalties from those establishments that did play broadcast music but had not acquired a license from the CMOs in question [...]*”.

informação (também informação confidencial) através da digitalização, reprodução eletrônica e transmissão. Realmente, a suspensão de direitos autorais relacionados a material digital pode exportar o trabalho de retransmissão e/ou reprodução mundial, que poderia ser realmente difícil de controlar³²⁸.

Assim como as patentes, os direitos autorais também são direitos independentes, concedidos de país a país. Isso significa que assuntos envolvendo a exportação de produtos que são produzidos numa base de suspensão de obrigações de direitos autorais podem ser problemáticos.

5.3.1 Racionalidade básica para calcular o nível de retaliação

Desde que o mecanismo de retaliação cruzada foi trazido para o cenário de solução de disputa a pedido do Equador, a suspensão de obrigação de TRIPS tem chamado atenção de acadêmicos e pesquisadores da OMC.

Normalmente, a ideia de a retaliação cruzada atacar direitos de propriedade intelectual de países desenvolvidos – ainda que nunca posta em prática –, é entendida como uma boa alternativa para os países em desenvolvimento a fim de promover os aparentemente três objetivos principais da retaliação: induzir o cumprimento, reequilibrar a relação comercial entre membros da OMC envolvidos e, promover uma ameaça crível para os países desenvolvidos. Uma vez que a retaliação tradicional parece ser ineficiente quando a assimetria econômica dos países põe os países em desenvolvimento numa situação delicada, a retaliação cruzada por meio de suspensão de obrigações em TRIPS parece fazer um trabalho bem melhor. De fato, autores há que argumentam que na década passada e na presente “a retaliação em TRIPS pode genuinamente promover o bem estar de uma forma que a retaliação convencional não consegue”³²⁹.

Diferentemente da imposição de tarifas alfandegárias sobre produtos, a suspensão de obrigações em TRIPS apresenta algumas dificuldades para seu cálculo, dado que não é muito óbvio. Pode ser fácil imaginar os ganhos da suspensão de pagamento de royalties de direitos autorais, por exemplo, mas o cálculo não pode ser lógico no tocante à suspensão de outros direitos de PI.

³²⁸ Ver Abbott, 2009, p. 23-25.

³²⁹ Subramanian; Watal, 2000, p. 405.

O cálculo do nível de retaliação na suspensão de uma obrigação em TRIPS é um dos temas mais críticos relacionados à retaliação cruzada. Já se disse antes que o maior “desafio em qualquer modelo de retaliação cruzada de PI é a incerteza inerente na avaliação de direitos de propriedade intelectual e a determinação de um índice ótimo de royalty que represente o valor real da perda para o dono da PI”³³⁰. Como os direitos envolvidos são bens intangíveis com valores econômicos e morais, o cálculo não é direto como no caso da retaliação tradicional com imposição de tarifas alfandegárias³³¹.

A avaliação de direitos de propriedade intelectual em si é uma área crítica de finanças, uma vez que não pode ser definida ou especificada por parâmetros físicos. O nível de proteção de direitos de propriedade intelectual pode derivar seu valor de parâmetros tais como a parcela do mercado, a proteção legal, nível de lucratividade, barreiras para entrar no mercado, tecnologia e fatores industriais.

A dificuldade de avaliar direitos de PI é refletida no trabalho desafiante de calcular um nível equivalente e proporcional de retaliação quando se trata de suspensão de obrigações em TRIPS. O membro reclamante que requer o direito de seguir com a retaliação cruzada em TRIPS tem que mostrar claramente por que é necessário e como a retaliação vai se calculada levando em conta o nível de nulidade e prejuízo da medida original inconsistente na disputa.

Note-se que de acordo com o disposto no Artigo 22.7, o árbitro “não deve examinar a natureza das concessões ou outras obrigações a serem suspensas, mas deve determinar se o nível de tal suspensão é equivalente ao nível de nulidade ou prejuízo”³³². Isso significa que o ESC não elabora categorias específicas de direitos de

³³⁰ Basheer, 2009, p. 45. Livre tradução de: “*challenge in any IP cross-retaliation model is the uncertainty inherent in valuing intellectual property rights and determining an optimal royalty rate that represents the true value of loss to the IP owner*”.

³³¹ Note-se que no tocante a direitos morais, é realmente complicado encontrar um resultado plausível uma vez que direitos morais, de acordo com o Artigo 6bis da Convenção de Berna, não foram incorporados pelo Acordo TRIPS. Assim, uma ordem de retaliação cruzada não pode levar em conta direitos morais de autores dos do membro réu. Ver também Kamiyama; Martinex; Sheehan, 2006.

³³² Ver Abbott, 2009, p. 25. Livre tradução de: “*shall not examine the nature of the concessions or other obligations to be suspended but shall determine whether the level of such suspension is equivalent to the level of nullification or impairment*”.

propriedade intelectual a serem suspensos. Assim, o membro reclamante que desejar e puder contra retaliar em TRIPS tem flexibilidade considerável no assunto.

Uma vez que este estudo não pretende explorar variáveis econômicas, os elementos que são considerados fundamentais para o estudo e raciocínio de cálculo serão tratados de um ponto de vista legal, sem entrar em modelos matemáticos para seu cálculo.

- Equivalência

De acordo com o Artigo 22.4 da ESC, o nível de suspensão de concessão ou outras obrigações deve ser equivalente ao nível de nulidade ou prejuízo. O parágrafo 4.1 da decisão pelos árbitros no CE-Bananas III em definir equivalência diz que:

Nós notamos que o significado ordinário da palavra “equivalência” é “igual em valor ou significado”, “tem o mesmo efeito”, “tem a mesma função ou posição relativa”, “corresponde a”, “algo igual em valor a”, também “algo idêntico”. Obviamente, esse significado denota correspondência, identidade ou equilíbrio entre dois níveis relacionados, ou seja, entre o nível de concessão a ser suspensa, por um lado, e o nível de nulidade ou prejuízo, do outro³³³.

Quando o cálculo do nível de suspensão deva levar em conta a retaliação tradicional de imposição de tarifas alfandegárias, é mais fácil calcular a equivalência na retaliação cruzada de direitos de PI. A suspensão de direitos de propriedade intelectual pode envolver várias outras variáveis e custos – tais como os direitos do titular do PI, confusão do cliente com relação à suspensão de marcas registradas ou o interesse em tornar informação sigilosa disponível para o público –,

³³³ WT/DS27/ARB, p. 8. Livre tradução de: “We note that the ordinary meaning of the word “equivalence” is “equal in value, significance or meaning”, “having the same effect”, “having the same relative position or function”, “corresponding to”, “something equal in value or worth”, also “something tantamount or virtually identical”. Obviously, this meaning connotes a correspondence, identity or balance between two related levels, i.e. between the level of the concessions to be suspended, on the one hand, and the level of the nullification or impairment, on the other”.

sendo que o cálculo da equivalência tem que levar em conta detalhes que não entram no jogo da retaliação tradicional.

De fato, no caso EUA-Jogos de Azar o painel reconheceu a dificuldade de calcular a suspensão de concessões em TRIPS afirmando que a retaliação do Acordo TRIPS “pode envolver meios mais complexos de implementação que, por exemplo, a imposição de taxas mais altas nos produtos, e que a avaliação exata do valor dos direitos afetados pela suspensão provavelmente será, também, complexa”³³⁴.

Basheer comenta que num contexto de direitos autorais de música e gravação de som, o nível de suspensão pode ser relativamente fácil de calcular, uma vez que há dados de índices sociais estabelecidos pela coleta social, por exemplo. Entretanto, no contexto de suspensão de patentes e marcas registradas, por outro lado, pode ser difícil (i) avaliar a patente ou marca registrada em questão e, (ii) determinar o valor da perda pela suspensão e consequente uso e gozo de direito de propriedade intelectual pelo governo ou entidade do membro reclamante³³⁵.

Baseando-se na abordagem feita pelos árbitros no CE-Bananas III, o entendimento foi calcular o nível de nulidade ou prejuízo, ao fazer uma comparação entre o valor comercial numa situação real de inconsistência na OMC com o valor comercial esperado numa situação inconsistente na OMC. Assim, os árbitros requerem que o nível de suspensão de concessões seja idêntico ao nível de nulidade e prejuízo calculado. Ao fazer isso, a análise de equivalência é exclusivamente quantitativa³³⁶.

Podem surgir preocupações sobre se as contramedidas equivalentes são suficientemente eficazes para induzir cumprimento com as decisões do ESC. É aí que as exigências de melhora para fortalecer as contramedidas do sistema multilateral de comércio residem³³⁷.

³³⁴ WT/DS285/ARB, p. 77. Livre tradução de: “*may involve more complex means of implementation than, for example, the imposition of higher duties on goods, and that the exact assessment of the value of the rights affected by the suspension is also likely to be more complex*”.

³³⁵ Ver Basheer, 2009, p. 20.

³³⁶ WT/DS27/ARB, p. 41-43.

³³⁷ Ver Fukunaga, 2006, p. 419-420.

- Proporcionalidade

Proporcionalidade é um princípio/requisito de direito internacional público, amplamente reconhecido pela jurisprudência, pela doutrina e na prática. De fato, entende-se que o princípio da proporcionalidade seja “um dos princípios básicos que subjazem o sistema comercial multilateral”³³⁸. Artigo 51 do texto adotado pela Comissão de Direito Internacional (CDI) em sua quinquagésima terceira sessão do projeto de Responsabilidade Estatal por Atos Ilegais diz que: “contramedidas devem ser proporcionais ao prejuízo sofrido, levando em conta a gravidade do ato ilegal internacional e os direitos em questão”³³⁹.

De acordo com a teoria de responsabilidade do Estado, a exigência de proporcionalidade dá uma noção de garantia de que a contramedida aplicada não será excessiva e desproporcional ao dano causado.

Da leitura do Artigo 51, há dois elementos que devem ser considerados ao determinar a proporcionalidade da contramedida: (i) a gravidade do ato internacionalmente ilegal e (ii) os direitos em questão. Isso implica numa abordagem não só quantitativa da proporcionalidade do ato, mas também, numa dimensão qualitativa. A visão mais rígida é a de avaliar a proporcionalidade somente através da correspondência entre as concessões suspensas e as consequências injuriosas da quebra da obrigação da OMC, assim considerando apenas uma dimensão quantitativa³⁴⁰.

Como tal, o Direito da OMC não considera a “gravidade do ato ilegal”. As contramedidas são definidas de acordo com o nível de nulidade ou prejuízo sofrido como resultado da quebra de uma obrigação comercial multilateral. Assim, a gravidade da injúria não determinará o nível de suspensão de concessões. A primeira consequência disso é que mesmo quando o membro simplesmente decide não cumprir com a recomendação do OSC, atualmente não há instrumentos para estender a responsabilidade dos membros levando em

³³⁸ Hilf, 2001, p. 120. Livre tradução de: “*is one of the more basic principles underlying the multilateral trading system*”.

³³⁹ Ver anuário da Comissão de Direito Internacional (Parte II), 2001, p. 30. Livre tradução de: “*countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question*”. Ver também Kelsen, 2003, p. 21.

³⁴⁰ Ver Fukunaga, 2006, p. 420.

conta a gravidade da medida inconsistente. Isso sinaliza o fato de que no ESC não há dimensão punitiva dentre suas medidas disponíveis para retaliação, ainda que o objetivo seja realmente induzir cumprimento³⁴¹.

No caso da retaliação cruzada na OMC, a suspensão de concessão tem mais chance de obter proporcionalidade se for feita no mesmo acordo, se referindo à mesma natureza de injúria relacionada à medida reclamada como sendo inconsistente. Isso pode não ser tão óbvio em relação à suspensão de obrigações em TRIPS como medida de retaliação cruzada.

O Artigo 46 do acordo TRIPS faz uma referência explícita ao requisito de proporcionalidade: “[...] a necessidade de proporcionalidade entre a seriedade da infração e os remédios ordenados assim como os interesses de terceiros devem ser levados em conta [...]”³⁴². Ao considerar a quantidade de impostos coletivos e redução de fluxos comerciais, os membros reclamantes requerendo suspensão de concessões em TRIPS devem poder calcular e demonstrar com razoável proximidade o nível de injúria resultante das medidas inconsistentes do réu³⁴³.

Calcular o nível de nulidade e prejuízo, bem como conectar o cálculo à equivalência e proporcionalidade requerida pelo ESC, não é uma tarefa fácil para os membros reclamantes pedindo retaliação cruzada em TRIPS.

- Bem estar social

Conforme disposto no Artigo 7 do Acordo TRIPS, o cumprimento e proteção de direitos de propriedade intelectual deveria:

[...] contribuir para a promoção de inovação tecnológica e transferência e disseminação de tecnologia, com vantagem mútua para os produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de tal maneira que conduza ao bem

³⁴¹ Ver Desmedt, 2001, p. 448.

³⁴² Artigo 46, Acordo TRIPS. Livre tradução de: “[...] *the need for proportionality between the seriousness of the infringement and the remedies ordered as well as the interests of third parties shall be taken into account* [...]”

³⁴³ Ver Abbott, 2009, p. 19.

estar social e econômico, bem como para o equilíbrio de direitos e obrigações³⁴⁴.

O aumento de bem estar social é uma das razões que justifica a suspensão de concessões de obrigações em TRIPS. A maior parte das indústrias baseadas em conhecimento/propriedade intelectual pertence ao mundo desenvolvido. Isso se explica pelo fato dos países ricos serem os aqueles que possuem recursos financeiros para investir em pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias, e de bens de propriedade intelectual novos em geral.

Assim como a maior parte das marcas registradas e patentes são propriedade de membros desenvolvidos, os países em desenvolvimento geralmente têm que pagar um alto preço pelos direitos do titular, a fim de ter acesso a produtos protegidos pelo direito de PI. Num cenário de retaliação cruzada, o benefício mais claro para os consumidores reside no não pagamento do preço de proteção de um direito de PI.

Por exemplo, se o país que está retaliando considerar tratar de problemas de saúde pública, referido país poderia escolher a suspensão da proteção de patente de produtos farmacêuticos que são usados no tratamento de temas de saúde pública significativos. O cálculo do nível de suspensão ao avaliar direitos de PI não deveria ser muito difícil para o país que está suspendendo, uma vez que o volume de produtos de patente farmacêutica no mercado normalmente está disponível em bancos de dados³⁴⁵.

A suspensão de concessões em TRIPS faz com que não só o aumento de bem estar doméstico possa ser detectado, mas também que funcione como um bom mecanismo para estimular lobbies de titulares de direitos de PI a colocar pressão no governo para cumprir recomendações do OSC. Entretanto, na prática não é fácil calcular o bem estar social que resulta de uma retaliação cruzada em TRIPS, e este

³⁴⁴ Artigo 7, Acordo TRIPS. Livre tradução de: “[...] *contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations*”.

³⁴⁵ Ver Abbott, 2009, p. 37. Abbott também trata do tema de licença compulsória, uma vez que podemos considerar que se uma preocupação de saúde pública existe, o país que está suspendendo poderia emitir uma licença compulsória para a importação de produtos farmacêuticos genéricos – substitutos dos patenteados.

é um importante elemento a ser considerado pelo membro reclamante que busca cumprimento de decisão adotada.

- Mercados de Exportação

Ao calcular o nível de suspensão de concessões numa retaliação cruzada é importante considerar a disponibilidade de mercados de exportação para onde os produtos produzidos sob o regime de suspensão de propriedade intelectual podem ser destinados. Uma razão para isso é que o valor dos direitos de propriedade intelectual no país retaliador está baseado no volume total de vendas que podem ser alcançadas pelo titular do direito como resultado de uma posição exclusiva no mercado³⁴⁶.

Na avaliação do nível de suspensão na retaliação cruzada pelo árbitro responsável, deve ser considerada a possibilidade de exportações paralelas, que reduziriam a parcela de mercado dos titulares de direitos de PI em países para onde eles pudessem exportar seus produtos protegidos.

Não por acaso o painel notou, no caso CE-Bananas III, que uma autorização de retaliação não dá o direito a outro membro da OMC de derrogar suas obrigações assumidas sob o Acordo TRIPS. Assim, a autorização temporária dada para a suspensão de concessões da TRIPS foi somente para o Equador, e não se estendeu para outros membros a fim de reduzir suas obrigações do TRIPS³⁴⁷.

Entretanto, uma exportação para um não membro da OMC poderia ser possível, desde que o direito de propriedade intelectual em questão não esteja protegido no mercado de destino. A proteção (ou não) no mercado importador é sempre uma preocupação que merece atenção, uma vez que direitos de propriedade intelectual são territoriais e a suspensão em um território não implica a suspensão em outro.

Assim, qualquer lucro resultante das vendas por produtores de membros que estão suspendendo seriam usados para computar as perdas dos titulares de propriedade intelectual do membro retaliado – independente de se aqueles titulares de PI -, capturaram todos os mercados considerados. Ainda, não importa o valor exato da

³⁴⁶ Id., p. 24.

³⁴⁷ Ver WT/DS27/ARB.

propriedade intelectual para o valor total dos bens (ou serviços) que gozam de direito de propriedade intelectual suspenso³⁴⁸.

Uma outra preocupação presente nesta discussão é a doutrina de extinção nos direitos de propriedade intelectual. De acordo com seu conceito, a extinção de direitos de PI se configura uma vez que o titular vende o bem protegido por seu direito de propriedade intelectual. Depois de vender, o titular não pode mais proibir sua revenda subsequente, uma vez que seus direitos de PI sobre o referido bem foram exauridos pela primeira venda.

Carvalho afirma que no que se refere à propriedade industrial - ou seja, patentes, marcas registradas, desenhos industriais e indicações geográficas -, o direito se extingue pela primeira introdução do produto no circuito comercial incorporando a invenção reclamada, ou exibindo os sinais distintivos de proteção. Ou seja, logicamente considerando o titular do direito como sendo aquele que tornou o produto disponível no mercado (ou com seu consentimento)³⁴⁹.

Há um tema no Direito da OMC – que aumenta a complexidade de uma eventual suspensão de concessões para sistemas legais nacionais –, sobre se a extinção é aplicada somente com respeito aos bens colocados no mercado doméstico do país que está suspendendo, ou se ações legais do governo podem criar condições para a extinção internacional³⁵⁰.

³⁴⁸ Ver Basheer, 2009, p. 50-51. Com relação a esse tema, o autor afirma que (em relação à disputa EUA-Jogos de Azar): “Não se pode esperar que a Antígua monitore a situação e cada possível exportação para determinar se tais exportações são legais ou não. O ônus da observância legal deveria ser posto nas entidades Antiguanas que desejam usar o PI suspenso que pertencem ao estado inadimplente. Se houver uma transgressão nesse respeito, então o dono do PI deve reclamar ao operador e/ou importador que trouxe tais produtos/serviços para outro país e não contra Antígua.” Livre tradução de: “*Antigua cannot be expected to micro-monitor the situation and track each possible instance of export to determine whether or not such exports are legal. It must therefore place the onus of legal compliance on the Antiguan entities that wish to use the suspended IP belonging to the defaulting state. If at all is a transgression in this regard, then the IP owner has a claim against the concerned operator and/or against the importer who brings such goods/service to another country and not against Antigua*”. Id., p. 51.

³⁴⁹ Ver Carvalho, 2010, p. 176-183.

³⁵⁰ Ver Abbott, 2009, p. 24. Abbott afirma que “se um país importador seguir o lema de legalmente posto no mercado da teoria de esgotamento que não requer o consentimento do titular do PI, então um direito de PI paralelo num país

Assim, a questão de se um país importador pode se basear na doutrina de extinção internacional de direitos de PI para importar produtos produzidos sob o regime de suspensão de propriedade intelectual no país que está retaliando/exportando, deve ser tratada. Se isso for considerado possível, então Ruse-Khan afirma que isso permitiria que “qualquer membro da OMC que desejasse se beneficiar do regime de suspensão do membro que está retaliando legalizasse a revenda em seu próprio território de produtos produzidos sob suspensão no exterior”³⁵¹.

Se isso for permitido, então uma distribuição dos efeitos do bem estar potencial da ação provavelmente seriam muito significativos. Menores preços e maior disponibilidade de produtos para todos os países adotando tal entendimento deveriam ser verificados. Por outro lado, os lucros do titular do direito seriam significativamente reduzidos devido à consequente redução de vendas dos produtos originais³⁵².

Esta seção teve como objetivo iluminar alguns dos principais elementos que deveriam ser considerados no contexto de suspensão de concessões de um Acordo TRIPS. Os breves comentários acima permitem ter uma ideia de como uma retaliação cruzada em TRIPS pode ser complicada para o membro que decide por ela. É o membro que suspende concessões comerciais que arca com o ônus de mostrar seus cálculos, os elementos de DPIs que serão considerados numa retaliação cruzada e a maneira de fazê-lo.

Todavia, ao calcular as perdas dos donos de propriedade intelectual, devem ser contados não só as perdas reais, mas também, as potenciais³⁵³. É elementar dizer que para a maior parte dos membros da

importador seria esgotado sob o regime de suspensão”. Livre tradução de: “*if an importing country follows the ‘lawfully placed on the market’ theory of exhaustion that does not require the consent of the IP holder, then a parallel IP right in an importing country would be exhausted under a suspension regime*”. Ibid.

³⁵¹ Ruse-Khan, 2008a, p. 355. Livre tradução de: “*any WTO member wishing to benefit from the suspension regime in the retaliating member to legalize the resale in its own territory of goods produced under suspension abroad*”.

³⁵² Ibid. O autor ressalta que o Artigo 6 do Acordo TRIPS “dá liberdade para optar por um esgotamento nacional, regional ou internacional, o tema principal é se o TRIPS põe limites no tipo de atos e no país exportador que então permitirá que o país importador qualifique as importações como legais segundo a doutrina do esgotamento internacional”. Ibid.

³⁵³ Subramanian; Watal, 2000, p. 407.

OMC levar a cabo todos os detalhes do procedimento pode ser praticamente impossível, seja pela falta de capacidade administrativa e legal ou pela falta de conhecimento ou recursos econômicos para tal.

5.3.2 Os desafios e os custos da retaliação cruzada em TRIPS: temas legais, econômicos e políticos

Interessa analisar se a retaliação cruzada em TRIPS pode esclarecer os desafios e custos que estão envolvidos em tal suspensão de concessões. Ainda que a suspensão de concessões de obrigações em TRIPS possa abrir oportunidades para as indústrias locais com o objetivo de tirar vantagem de possíveis suspensões de direitos de PI, a retaliação cruzada em TRIPS também pode detonar desafios complicados para o membro que está suspendendo.

É verdade que, como argumentado anteriormente, a retaliação em TRIPS pode dar poder a países em desenvolvimento ao conceder considerável força de retaliação que, por sua vez, pode ser genuinamente estimuladora do bem estar social de tal forma que a retaliação convencional não é³⁵⁴. De fato, a suspensão de direitos de propriedade intelectual parece ser uma oportunidade surpreendentemente boa para os países em desenvolvimento depois da adoção dos padrões compulsórios do TRIPS.

Países com setores de inovação fracos, em geral não apoiaram ou gostaram da ideia de adotar o TRIPS durante a Rodada Uruguai. Por outro lado, os países com economias altamente dependente de inovação apoiaram um sistema de observação e controle mais forte para os direitos de propriedade intelectual. Na verdade, como explica Howse *et. al.*, de uma perspectiva comercial, ainda não é claro se todos os países devem ser requisitados a manter o mesmo nível de proteção de propriedade intelectual. Ao mesmo tempo, uma proteção de patente constitui uma forma de monopólio para incentivar a inovação, mas também pode implicar em perdas de bem estar para os consumidores e desencorajar a difusão de tecnologia através da imitação e adaptação pelos concorrentes, que também são atividades econômicas valiosas de acordo com os autores³⁵⁵.

Portanto, parece que a forte proteção de direitos de PI aumenta a lacuna da vantagem comparativa de países desenvolvidos, reduzindo o bem estar dos países em desenvolvimento. Ainda que a

³⁵⁴ Id., p. 405.

³⁵⁵ Trebilcock; Howse, 2005, p. 397.

harmonização global da proteção de PI facilite negociações comerciais de bens/serviços protegidos, um regime multilateral para a proteção de propriedade intelectual como o TRIPS deveria permitir suficiente espaço de política para tratar da realidade assimétrica de seus membros³⁵⁶.

Com este cenário, a suspensão de concessões comerciais de obrigações em TRIPS é amplamente entendida como sendo um mecanismo eficaz para tirar vantagem do trabalho intelectual protegido de países desenvolvidos, bem como para criar efeitos de bem estar positivos para o mercado doméstico do país que está suspendendo (e que é um país em desenvolvimento).

Entretanto, há alguns desafios e custos que devem ser considerados no pedido de retaliação cruzada. Esta seção tem como objetivo tratar de alguns temas claramente detectados, que podem complicar esse trabalho no país que está suspendendo.

- Implementação na Legislação Doméstica

A fim de decretar uma ação de retaliação, o país que está suspendendo tem que ter mecanismos disponíveis em seu sistema legal doméstico para permitir isso. Para não inferir numa ação ilegal, o sistema doméstico deve estar preparado para lidar com a suspensão de direitos de propriedade intelectual de tal forma que promova a flexibilidade exigida pela retaliação cruzada em TRIPS.

Diferentemente da retaliação tradicional de bens, a retaliação cruzada em TRIPS afeta direitos privados. De fato, direitos de propriedade intelectual são direitos privados passíveis de serem demandados domesticamente na jurisdição interna do país que os está concedendo. Como explicado por Subramanian e Watal, uma vez que os DPIs são conferidos de acordo com um ato de um parlamento doméstico, sua retirada pode ser desafiada pelas partes afetadas nas cortes nacionais como sendo ilegais ou inconstitucionais³⁵⁷.

³⁵⁶ Ver Trebilcock; Howse, 2005, p. 397-401 e Ruse-Kahn, 2008a, p. 338-339.

³⁵⁷ Subramanian; Watal, 2000, p. 408. Os autores também observam que na maioria dos países o ato de levantar tarifas pode ser feito apenas por ato do executivo enquanto que os DPIs privados são dados de acordo com a legislação e não podem ser facilmente retirados. Ibid. Abbott também acrescenta que os “titulares de DPIs do país contra o qual a retaliação é proposta pode ser objeto de mudanças discriminatórias às regras de PI doméstico com bases constitucionais.” Abbott, 2009, p. 33. Além disso, Basso *et. al.* afirmam que até certo ponto “a suspensão de DPIs pode ser interpretada como uma expropriação

Assim, a fim de tornar a suspensão de direitos de propriedade intelectual realmente possível (e mais crível), o membro que está suspendendo tem que ter uma legislação doméstica que cubra tal situação e conceda efeito legal. De fato, como afirmado por Salles: “quanto mais fácil for dirigir um regime de sanções, melhor – especialmente levando em conta a natureza temporária de tal regime”³⁵⁸.

Por essa razão, os EUA decretou uma seção para governar ações tais como a implementação de medidas retaliatórias na legislação doméstica. A seção 301 do Ato Comercial de 1974 autoriza o Presidente a tomar quaisquer medidas necessárias e apropriadas no tocante aos acordos comerciais internacionais para remover práticas, atos ou políticas de governos estrangeiros que possam ser discriminatórias e restritivas ao comércio norte-americano³⁵⁹.

Na mesma linha, e com a intenção específica de facilitar a implementação de medidas de retaliação cruzada, um deputado do governo brasileiro, Paulo Teixeira, apresentou um projeto de lei (doravante PL)1893/2007 que prevê medidas para a suspensão e diluição ou dissolução da proteção temporária de DPIs no Brasil pela quebra de obrigações multilaterais comerciais pelo governo estrangeiro dentro da OMC³⁶⁰.

Em concordância com o disposto no Artigo 3 desse projeto, o executivo pode suspender, temporariamente, o cumprimento de obrigações e outras concessões que se referem às partes II, II e IV do Acordo TRIPS e da legislação respectiva nacional que lida com os direitos dos titulares de direitos de propriedade intelectual. Mais especificamente, refere-se à suspensão de direitos de titulares de DPIs, empresários, empresas, pessoas físicas, ou residentes no país que não cumpre as recomendações do OSC em favor do Brasil³⁶¹.

de direitos e pode assim gerar problemas haja vista outros acordos internacionais”. Basso; Beas, 2005, p. 19.

³⁵⁸ Salles, 2010, p. 301.

³⁵⁹ Seção 301 disponível em: < http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode19/usc_sec_19_00002411----000-.html>.

³⁶⁰ PL 1893/2007 apresentada no dia 28 de Agosto, 2007. O projeto está disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=364818>>.

³⁶¹ O Artigo 3, PL 1893/2007: “Art. 3: O Poder Executivo Federal poderá suspender, temporariamente, o cumprimento das obrigações e outras concessões das Partes II, III, e IV do Acordo TRIPS e da respectiva legislação nacional que trata da mesma matéria no que se refere à proteção de direitos de propriedade intelectual de titulares, pessoas naturais nacionais ou domiciliadas em

Uma emenda de lei ou uma nova lei interna de membros da OMC é um tema básico para tornar a implementação de medidas de retaliação cruzada viáveis domesticamente. Entretanto, a grande maioria dos membros do governo não deu o primeiro passo nessa direção e nenhum país em desenvolvimento elaborou medidas de retaliação na sua legislação doméstica de PI³⁶². Realmente, nos três casos quando a retaliação cruzada foi aprovada pela OMC, nenhum dos países que estavam suspendendo tinha uma legislação doméstica apropriada para isso, e somente o Brasil apresentou um projeto para facilitar e fazer da suspensão de concessões em TRIPS algo mais direto.

Com relação ao tema da legislação nacional, uma possível solução para os países é fazer uma emenda na já existente constituição ou corpo de regras (se for o caso) a fim de permitir que o governo suspenda provisões de PI em circunstâncias específicas em que a retaliação cruzada em TRIPS é permitida. Não há previsão no TRIPS ou no Acordo da OMC que proíba os membros de fazê-lo, assim criar emendas na legislação doméstica pode ser uma solução mais fácil³⁶³.

Também, como lembra Abbott, existem mecanismos para eliminar ou minimizar os requisitos para novas ações legislativas baseados na legislação de propriedade intelectual pré-existente. O Artigo 31 do Acordo TRIPS regula o uso da PI sem a licença do titular do direito. De acordo com esse Artigo, o governo que está buscando a suspensão de obrigações do TRIPS pode aproveitar essa previsão para dar licenças compulsórias sob os termos de sua legislação de patentes, por exemplo³⁶⁴.

• **Suspensão de observância de obrigações**

A suspensão de obrigações em TRIPS caminha lado a lado com a suspensão de observância de obrigações de PI num certo território. Esse é o motivo pelo qual foi decidido dedicar algumas palavras para tratar do assunto antes de seguir para o próximo tópico.

determinado Estado, ou pessoas jurídicas domiciliadas ou com estabelecimento efetivo em determinado Estado, quando este tenha deixado de implementar decisões e recomendações do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC em detrimento de legítimos interesses comerciais do Estado brasileiro.

³⁶² Subramanian e Watal se referem a essa situação como “desarmamento unilateral”. Subramanian; Watal, 2000, p. 415.

³⁶³ Ver Whiteman, 2010, p. 205.

³⁶⁴ Ver Abbott, 2009, p. 34.

Considerando o cenário internacional, e especificamente o ambiente da OMC, os países desenvolvidos geralmente são os grandes demandantes das medidas de cumprimento de propriedade intelectual em jurisdições estrangeiras, enquanto os países em desenvolvimento normalmente adotam uma posição defensiva³⁶⁵. Essa é uma sinergia lógica uma vez que os países desenvolvidos concentram seus donos da maioria de direitos de PI espalhados no mundo e os países desenvolvidos tentam driblar maiores obrigações com respeito à proteção intelectual.

Nesta altura, o Artigo 7 do Acordo TRIPS pode ser recuperado e de acordo com ele o cumprimento de direitos de propriedade intelectual está exposto como um instrumento de política para equilibrar direitos e obrigações e para promover o benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico. Ainda que esse Artigo descreva objetivos amplos para proteção e cumprimento de direitos de PI, parece que o TRIPS deixa claro que os direitos exclusivos dados aos titulares de direitos deveriam, de alguma forma, ser combinados com a promoção do bem estar social.

Pauwelyn ressalta que o fato dos painéis do OSC terem alcançado um entendimento de que as obrigações do TRIPS, no que se referem a observância de direitos de propriedade intelectual, é geralmente limitada pela existência de certas regras e procedimentos, ou por darem bases legais suficientes para fazer coisas a pedido dos donos de direitos de PI. Não há exigência de obrigações substantivas³⁶⁶.

O Acordo TRIPS cobre obrigações gerais e remédios para o regime de cumprimento de propriedade intelectual doméstico na sua parte III³⁶⁷. Portanto, o Artigo 41.1 diz o seguinte:

Os membros devem garantir que o cumprimento dos procedimentos como especificados nesta parte sejam disponíveis sob suas leis a fim de permitir ação eficaz contra qualquer ato de infração de direitos de propriedade intelectual coberta neste

³⁶⁵ Ver Ruse-Khan, 2009, p. 2. Ver também Correa, 2009.

³⁶⁶ Pauwelyn, 2010b, p. 32. Note que a disputa da China—Medidas que afetam a proteção e cumprimento de direitos de propriedade intelectual (WT/DS362/R), ainda que não seja a primeira disputa a focar nas regras de cumprimento da TRIPS, representa a primeira vez que um painel da OMC focou principalmente na interpretação e cumprimento de provisões de cumprimento da TRIPS. Sobre a disputa ver Yu, 2011.

³⁶⁷ Ver Ruse-Khan, 2010a, p. 3.

Acordo, incluindo remédios rápidos para evitar a infração e remédios que constituam uma barreira para futuras infrações. Esses procedimentos devem ser aplicados de tal forma que evitem a criação de barreiras para legitimar o comércio e dar garantias contra seu abuso³⁶⁸.

Em geral, a parte III do Acordo TRIPS vincula todos os membros da OMC a fazer violações civis, remédios eficazes e medidas amplas disponíveis no sistema legal doméstico. Ainda, de acordo com o Artigo 61 do TRIPS, sanções criminais devem estar disponíveis em certos casos³⁶⁹.

Abbott sugere duas maneiras possíveis e eficazes de suspender direitos de propriedade intelectual com relação ao cumprimento, que poderiam ser: (i) suspender o direito do titular do DPI de iniciar procedimentos de cumprimento durante o período de suspensão do TRIPS e; (ii) suspender direitos de propriedade intelectual limitando onde o cumprimento da suspensão poderia ser prescrito com relação às patentes e a proteção de dados regulatórios³⁷⁰. Ainda, com relação à limitação de DPIs, o autor sugere que o membro que está retaliando poderia garantir, na sua legislação doméstica, que nenhuma

³⁶⁸ Artigo 41.1, Acordo TRIPS. Livre tradução de: “*Members shall ensure that enforcement procedures as specified in this Part are available under their law so as to permit effective action against any act of infringement of intellectual property rights covered by this Agreement, including expeditious remedies to prevent infringements and remedies which constitute a deterrent to further infringements. These procedures shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse*”.

³⁶⁹ Artigo 61 da TRIPS diz que: “Os membros devem prever procedimentos criminais e penalidades pelo menos nos casos de falsificação de marca registrada ou pirataria em escala comercial. Os remédios disponíveis devem incluir prisão e multas financeiras suficientes para funcionar como impedimento, consistentemente com o nível de penalidades aplicadas aos crimes de gravidade correspondente. Nos casos apropriados, remédios disponíveis devem incluir apreensão, confisco e destruição de bens violantes e qualquer material que tenha sido parte da ofensa. Os membros devem providenciar procedimentos criminais e penalidades para serem aplicadas em outros casos de violação de direitos de propriedade intelectual, em particular quando eles são cometidos intencionalmente e em escala comercial” Ver também Abbott, 2009, p. 32.

³⁷⁰ Abbott, 2009, p. 32.

injunção estaria disponível durante o termo da suspensão, e também que nenhuma compensação poderia ser reclamada sobre a suspensão das atividades³⁷¹.

- Compromissos Internacionais

Em relação aos compromissos internacionais e as convenções de propriedade intelectual anteriores à TRIPS, o Artigo 2 do Acordo TRIPS dispõe que:

1. Com respeito às partes II, III e IV deste Acordo, os membros devem cumprir os Artigos de 1 a 12 e Artigo 19 da Convenção de Paris (1967)
2. Nada nas partes I a IV deste Acordo pode derogar as obrigações existentes que os membros possam ter com os outros sob a Convenção de Paris, a Convenção de Berna, a Convenção de Roma e o Tratado de Propriedade Intelectual com Respeito a Circuitos Integrados³⁷².

Quando se trata da retaliação cruzada em direitos de propriedade intelectual, teme-se que ações de suspensão de DPIs tragam outros tratados internacionais de propriedade intelectual para a discussão. Entretanto, a maior parte das disposições das Convenções de Paris e Berna (convenções administradas pela OMPI), foi incorporada pelo TRIPS. Ainda, no seu Artigo 2.2 é entendido que países que sejam membros da Convenção de Paris e/ou Berna e da OMC continuem a ser ligados por esses instrumentos, separadamente³⁷³. Além disso, Pauwelyn explica que “quaisquer direito ou obrigação que os membros da OMC tenham obtido sob as partes V a VII não tem que dar vazão,

³⁷¹ Ibid.

³⁷² Artigo 2, TRIPS. Livre tradução de: “1. *In respect of Parts II, III and IV of this Agreement, Members shall comply with Articles 1 through 12, and Article 19, of the Paris Convention (1967).* 2. *Nothing in Parts I to IV of this Agreement shall derogate from existing obligations that Members may have to each other under the Paris Convention, the Berne Convention, the Rome Convention and the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits*”.

³⁷³ Ver Basheer, 2009, p. 60-61.

necessariamente a convenções da OMPI, pelo menos conforme disposto no Artigo 2.2³⁷⁴.

Um tema que poderia trazer alguma complicação com relação à Convenção de Paris e Berna, ambas trazem disposições de tratamento nacional para evitar discriminação entre titulares de direitos dos países membro. Um titular de direito poderia tentar ater-se a essa disposição para reclamar que seu direito está sendo violado na legislação doméstica do país que está suspendendo³⁷⁵.

Se houver um conflito entre uma autorização da OMC de contra retaliar e uma das convenções da OMPI, um recurso deve ser tomado no Artigo 30 da Convenção de Viena do Direito dos Tratados que estabelece o seguinte:

extensão Quando todas as partes do tratado anterior também forem do atual não é terminado ou suspenso em operação sob o artigo 59, o tratado anterior se aplica somente até a das disposições que são compatíveis com aquelas do tratado posterior³⁷⁶.

Pauwelyn segue explicando que nos termos da Convenção de Viena, uma vez que não há hierarquia inerente ou aparente entre as fontes de lei, a expressão posterior do Estado deve prevalecer, e que no caso em voga é a autorização do OSC para suspender as obrigações da TRIPS³⁷⁷. Realmente, se for o caso de uma disputa perante a Corte Internacional de Justiça, ao examinar as condições de obrigações dos países envolvidos na disputa da OMC, a Corte concluiria que os países reclamantes e reclamados tinham ambos aceito expressamente o regime de suspensão de concessões prescrito pelo ESC³⁷⁸.

³⁷⁴ Pauwelyn, 2003, p. 346. Livre tradução de: “any rights or obligations that WTO members may obtain under Parts V to VII do not necessarily have to give way to WIPO conventions, at least not pursuant to Art. 2.2”.

³⁷⁵ Livre tradução de: “When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty”. Artigo 28 (1) da Convenção de Paris e Artigo 33 (1) da Convenção de Berna dispõe que as disputas entre nações membro devem ser dirimidas pela Corte de Justiça Internacional (CJI).

³⁷⁶ Artigo 30, Convenção de Viena de Direito dos Tratados.

³⁷⁷ Ver Pauwelyn, 2003, p. 346.

³⁷⁸ Ver Abbott, 2009, p. 14. Ver também Basso; Beas, 2005, p. 20.

Interessa um breve comentário sobre os acordos do TRIPS-plus, que se referem aos compromissos bilaterais de criar um padrão mais alto de proteção aos direitos de propriedade intelectual. Os EUA em especial negociaram e assinaram vários acordos de livre comércio com países em desenvolvimento que davam muito mais proteção aos DPIs³⁷⁹. A provável implicação do acordo TRIPS-plus é que países em desenvolvimento podem se tornar incapazes de tirar vantagem de um procedimento de retaliação cruzada contra um membro da OMC com o qual o país em desenvolvimento tenha assinado e concordado por proteção de PI mais forte em sua própria legislação doméstica³⁸⁰.

- Tamanho do Mercado Doméstico

O tamanho do mercado doméstico assim como a demanda do consumidor no território nacional são importantes temas a serem considerados na decisão de contra retaliar direitos de propriedade intelectual. Esses fatores são realmente cruciais na análise de se a suspensão em TRIPS pode ter impacto significativo no território do membro reclamado.

Como previamente mencionado, direitos de propriedade intelectual são atribuídos e protegidos em termos territoriais. Isso significa que, a fim de serem protegidos, esses direitos têm que ser reclamados em todos os países onde o titular do direito deseja proteção. No que diz respeito à retaliação cruzada e ao tamanho de mercado doméstico, a territorialidade dos direitos de PI ganham importância uma vez que a suspensão de direitos de PI apenas será válida para o país que estiver retaliando quando houver demanda de consumo significativa em seu próprio território.

Além disso, uma vez que qualquer retirada de obrigação do TRIPS é, em verdade, limitada ao território nacional do membro da OMC que está suspendendo, a importação de produtos produzidos sob a condição de suspensão em outros mercados membro onde os mesmos produtos ainda são protegidos por direitos de PI, são, em princípio, violações. Em outras palavras, como explicado por Ruse-Khan, se direitos de propriedade intelectual forem suspensos, “a suspensão só pode se estender naturalmente aos direitos de PI concedidos pela lei

³⁷⁹ Informação sobre o Acordo de Livre Comércio Americano em: <
<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>>.

³⁸⁰ Ver Whiteman, 2010, p. 204-205.

nacional e assim só podem ser legalizar ações domésticas para proteger PI para os quais obrigações foram suspensas”³⁸¹.

- Conhecimento Básico

Um segundo elemento a ser considerado em relação à viabilidade econômica de contra retaliar é se o país que está suspendendo tem know-how suficiente e capacidade técnica para tirar vantagem do período de suspensão de concessão.

Uma vez que o período de suspensão é temporário, para que a retaliação cruzada em TRIPS valha a pena, o país que está suspendendo deve ter uma produção de escala rápida focada nos bens intelectuais da suspensão vigente³⁸². Certamente, e de acordo com Ruse-Khan, a retaliação cruzada em direitos de propriedade intelectual pode permitir: (i) “que instituições de pesquisa domésticas e a indústria acessem, experimentem, usem, melhorem, disseminem tecnologia até então protegida do Estado violador” e (ii) “a promoção de aprendizagem tecnológica e desenvolvimento bem como de inovação doméstica através da imitação”³⁸³.

Quando a suspensão inclui bens de tecnologia intensiva (como patentes de drogas farmacêuticas), muitos membros da OMC pode não ser proficientes tecnologicamente. Basheer dá um bom exemplo onde ele presume que uma enorme indústria farmacêutica tem uma patente de um país pequeno (como Antígua) que está suspendendo, cobrindo seus produtos farmacêuticos. Ainda que a suspensão de patentes fosse permitida e o uso fosse liberado pelo país (Antígua), virtualmente nenhuma entidade no país tem meios técnicos e capacidade de produção de genéricos dessa droga³⁸⁴.

³⁸¹ Ver Ruse-Khan, 2008a, p. 349. Livre tradução de: “*the suspension can naturally only extend to IP rights granted by the national law and thus can only legalize domestic actions to protect IP for which obligations are suspended*”.

³⁸² Id., p. 352.

³⁸³ Id, p. 337. Livre tradução de: “*(i) domestic research institutions and industry to access, experiment with, utilize, improve and disseminate so far protected technology from the non-complying state and (ii) foster technological learning and development as well as domestic innovation through imitation*”.

³⁸⁴ Ver Basheer, 2009, p. 57. O autor afirma que “é necessário fazer uma distinção entre países em desenvolvimento e países em desenvolvimento com proficiência de tecnologia”, uma vez que “o instrumento de retaliação cruzada pode acabar sendo mais forte nas mãos dos países em desenvolvimento com proficiência tecnológica.” Ibid.

Se não houver capacidade local e conhecimento básico, os fabricantes locais não podem responder à lacuna criada pela suspensão de concessões em TRIPS. Dado que suspensão é temporária, o cenário piora e não há como tirar vantagem da proteção de patente farmacêutica protegida, tal como o exemplo supramencionado.

Assim sendo, conhecimento básico e capacidade de produzir bens num regime de suspensão de direitos de PI são elementos que impactam diretamente a habilidade de “ir de encontro ao raciocínio da retaliação cruzada de PI” e a conquista do aumento de bem estar social³⁸⁵. De fato, como afirmado por Subramanian e Watal, “para ser crível, a ação retaliatória deve levar a suprimentos rápidos de produção e não devem criar incerteza indevida para esses fornecedores alternativos”³⁸⁶.

- Custos de implementação

Uma vez que retaliação cruzada é aprovada, o país que está retaliando deve investir uma quantidade considerável de dinheiro a fim de lucrar com a suspensão de direitos de propriedade intelectual. A fabricação dos bens de PI desejados que pertençam ao membro reclamado podem até exigir investimento em uma nova infraestrutura total para isso³⁸⁷.

Considerando que o processo todo é temporário, os custos devem ganhar um nível de importância mais alto pelo país que está suspendendo. Claro que os custos dependem do tipo de bem intelectual que está sendo atacado. Por exemplo, tirar vantagem de uma suspensão de patente farmacêutica custará muito mais investimento do que uma simples suspensão de trabalhos de direitos autorais protegidos³⁸⁸.

Um fator que poderia promover o incentivo para o país que está suspendendo invista durante o período de retaliação é a possibilidade de licença compulsória. De fato, ainda que o Artigo 31 do TRIPS faça várias exigências para a emissão da licença compulsória, o Artigo também deixa flexibilidade suficiente para o país determinar as bases nas quais a licença compulsória pode ser emitida.

³⁸⁵ Ruse-Khans, 2008a, p. 353.

³⁸⁶ Subramanian; Watal, 2000, p. 412. Livre tradução de: “*to be credible, retaliatory action must be lead to quick alternative supplies of production and must not create undue uncertainty for these alternative suppliers*”.

³⁸⁷ Ver Basheer, 2009, p. 51. O autor se refere a esses custos como “sunk costs”.

³⁸⁸ Id., p. 52.

Com razão, enquanto Basheer afirma que “a possibilidade de uma licença compulsória no final do período de retaliação oferece um incentivo suficiente para tais entidades fazerem investimentos para começar”³⁸⁹, Subramanian e Watal concordam que a legislação doméstica poderia especificar que as licenças compulsórias serão concedidas em casos onde os parceiros comerciais estrangeiros não cumpram com as obrigações da OMC que os afeta³⁹⁰.

- **Pressão Política**

Talvez o maior obstáculo que países em desenvolvimento terão para realmente implementar uma medida de retaliação cruzada é o político. Sem dúvida o membro que desejar retaliar em TRIPS terá que encarar grande pressão de governos de países desenvolvidos e outras partes interessadas³⁹¹.

Conforme Abbott, indústrias poderosas que dependem da propriedade intelectual têm conseguido persuadir por décadas governos e a mídia de que qualquer interferência nos direitos de propriedade intelectual é um intento criminoso. Mais, as indústrias dependentes de PI geralmente estão dispostas a gastar enormes quantidades de dinheiro para investir no lobby do governo e em campanhas na mídia³⁹².

De fato, uma contra pressão forte pode surgir do intento de retaliar pela suspensão de direitos de propriedade intelectual. O governo que está suspendendo deve se preparar para encarar a crítica internacional e a pressão interna das multinacionais afetadas³⁹³.

5.4 Casos selecionados: pedidos aprovados para retaliação cruzada na OMC

Esta seção é dedicada à análise de disputas da OMC em que o pedido de retaliação cruzada foi aprovado. As disputas apresentadas têm membros em desenvolvimento como reclamante e

³⁸⁹ Id., p. 55. Livre tradução de: “*the prospect of a compulsory license at the end of the retaliation period offers a sufficient incentive to such entities to make investments in the first place*”.

³⁹⁰ Subramanian; Watal, 2000, p. 412.

³⁹¹ Ver Whiteman, 2010, p. 205.

³⁹² Abbott, 2009, p. 38.

³⁹³ Ibid. Abbott no mesmo lugar afirma que “o governo pode preparar notas de imprensa e respostas diplomáticas antes”.

membros desenvolvidos como réus. As disputas foram organizadas cronologicamente.

5.4.1 CE-Bananas III³⁹⁴

• **Resumo**

Nesta disputa várias reclamações de diferentes países foram envolvidas, entre eles o Equador, os Estados Unidos, Guatemala, Honduras e México. Todos os reclamantes, exceto o Equador, haviam pedido a conclusão de consultas relacionadas à CE-Bananas emitidas no dia 28 de setembro de 1995(WT/DS16). Após a adesão do Equador a OMC, os reclamantes prévios pediram mais consultas com a CE no dia 5 de fevereiro de 1996³⁹⁵.

Os demandantes informaram que o regime de importação, vendas e distribuição de bananas da CE era inconsistente com os Artigos I, II, III, X, XI e XIII do GATT, e com as disposições do Acordo de Procedimentos para Licenciamento de Importação, o Acordo de Agricultura, o Acordo de Medidas Relacionadas o Comércio e Investimento – TRIMS e o Acordo Geral de Comércio de Serviços – GATS.

No dia 11 de abril de 1996, os demandantes supramencionados pediram a criação de um grupo especial (também chamado de painel), que foi então constituído no dia 7 de junho de 1996 (e que se refere à disputa de CE-Bananas III). O grupo especial conclui que o regime de importação da CE, assim como os procedimentos de concessão de licenças para importação de bananas desse regime eram incompatíveis com o GATT. O painel também conclui que a exceção do Convênio de Lomé³⁹⁶ é obviamente inconsistente com o Artigo XIII do

³⁹⁴ European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Banana.

³⁹⁵ WTO. WT/DS27. Disponível online em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds27_e.htm>.

³⁹⁶ O Convênio de Lomé governa o comércio e cooperação entre países da CE e Ásia, Caribe e Pacífico (ACP). O primeiro Convênio de Lomé foi assinado em 1975 com a participação de 45 estados nessas regiões e depois da união do Reino Unido à CE. O Convênio de Lomé foi assinado em 1975 com a participação de 58 países da ACP. Seguindo aos primeiros convênios, foram assinados os Convênios de Lomé III, 1984, 65 ACP países participaram, e Lomé IV em 1989, os 68 países que aderiram em 1989 e 70 em 1995. De acordo com a última, exportação de CARICOM pode unir a CE sem pagar impostos, o

GATT – que é de tratamento não discriminatório em relação a restrições quantitativas³⁹⁷ - mas não as incompatibilidades advindas do sistema de concessão de licenças³⁹⁸.

No dia 11 de junho de 1997, a CE notificou sua intenção de apelar de certos temas e interpretações legais que foram desenvolvidos pelo painel. O relatório do Órgão de Apelação foi distribuído para os Membros no dia 9 de setembro de 1997 confirmando a maior parte das conclusões do Grupo Especial. Entretanto, o relatório do Órgão de Apelação revogou as conclusões do painel com respeito à incompatibilidade com os Artigos XIII do GATT onde ele mencionava que estava claro pela exceção da Convenção de Lomé. Ainda, o relatório do Órgão de Apelação também revogou a conclusão do painel em relação a certos aspectos do sistema de concessão de licenças que eram contrários ao Artigo X do GATT e ao Acordo de Importação de Procedimentos de Licenças³⁹⁹.

No dia 15 de dezembro de 1998 a CE pediu a criação de um grupo especial, conforme o disposto no parágrafo 5 do Artigo 21 do ESC, com o objetivo de determinar que a aplicação das medidas da CE fossem consideradas de acordo com os padrões da OMC, uma vez que isso não havia sido questionado de acordo com os procedimentos apropriados do ESC. No dia 18 de dezembro de 1998, o Equador pediu a recriação de um grupo especial que governasse, inicialmente, a disputa a fim de examinar se as medidas da CE para implementar as recomendações eram compatíveis com a OMC⁴⁰⁰.

acordo também prevê acordos especiais para bananas, rum, carne e coco. O Acordo Cotonou (Cotonou, Benin, Junho 23, 2000) substitui o Convênio de Lomé e tem um termo de vinte anos, durante os quais deve ser revisada cada cinco anos. O acordo reestrutura as relações comerciais entre a Comunidade Européia e os países da Ásia, Caribe e Pacífico. Mais informação disponível em:

<<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/9/10029/Port-cap11-Globalizacion.pdf>>.

³⁹⁷ Artigo XIII.1, do GATT: “1. Nenhuma proibição ou restrição deve ser aplicada por qualquer parte contratante na importação de qualquer produto do território de qualquer das partes contratantes ou na exportação de qualquer produto destinado para o território de qualquer outra parte, a menos que a importação do produto similar para todos os terceiros países ou a exportação do produto similar para todos os terceiros países é similarmente proibida ou restrita”.

³⁹⁸ OMC. WT/DS27.

³⁹⁹ OMC. WT/DS27.

⁴⁰⁰ OMC. WT/DS27.

Os painéis foram criados no dia 18 de janeiro de 1999 e seus relatórios foram distribuídos no dia 2 de abril de 1999⁴⁰¹. O grupo especial criado a pedido da CE de acordo com o parágrafo 5 do Artigo 21 achou que, uma vez que o Equador estava de fato reclamando a compatibilidade com as regras da OMC das medidas adotadas pela CE para implementar as recomendações do OSC, não poderiam concordar com a CE que ela estivesse cumprindo as recomendações do OSC. Esse relatório nunca foi adotado pela OSC. Por outro lado, o relatório distribuído pelo Grupo Especial criado a pedido do Equador, de acordo com o Artigo 21.5 do ESC entendeu que as medidas de implementação adotadas pela CE para cumprir as recomendações do OSC não foram completamente compatíveis com as obrigações da CE na estrutura da OMC. Esse relatório foi adotado no dia 6 de maio de 1999.

No dia 14 de janeiro de 1999, os EUA pediram a autorização do OSC para suspender a aplicação de concessões da CE no valor de 520 milhões de dólares⁴⁰². Antes do pedido, a CE pediu, no dia 29 de janeiro de 1999 a criação de um procedimento de arbitragem conforme disposto no Artigo 22.6 do ESC, questionando o nível de suspensão de concessões proposto pelos EUA⁴⁰³. Os árbitros decidiram que o nível de retaliação pedido pelos EUA não era equivalente à quantidade de nulidade ou prejuízo dos benefícios que esse país tinha sofrido como consequência do regime da CE para a importação de bananas, determinando que o nível de nulidade sofrido pelos EUA foi de

⁴⁰¹ Nesse estágio alguns membros reservaram seu direito de terceiros: Jamaica, Nicaragua, Colômbia, Costa Rica, Côte d'Ivoire, República Dominicana, Dominica, Santa Lucia, São Vicente e Maurício. Equador e Índia expressaram seu interesse a terceiros somente a pedido da CE.

⁴⁰² Ver Artigo 22.2, DSU.

⁴⁰³ Artigo 22.6, DSU: “Quando a situação descrita no parágrafo 2 ocorre, o OSC, quando requisitado, pode dar autorização para suspender concessões ou outras obrigações dentro de 30 dias da expiração do período de tempo razoável a menos que o OSC decida por consenso rejeitar o pedido. Entretanto, se um Membro penhorou objetos ao nível de suspensão proposta, ou petições de que seus princípios e procedimentos do parágrafo 3 não foram seguidos onde a parte reclamante pediu autorização para suspender concessões ou outras obrigações conforme disposto no parágrafo 3(b) ou (c), o assunto deve ser direcionado à arbitragem. Tal arbitragem deve ser levada a cabo pelo painel original, se os membros estão disponíveis, ou por um árbitro apontado pelo Diretor-Geral e deve ser completado dentro de 60 dias depois da data de expiração do período de tempo razoável. Concessões ou outras obrigações não devem ser suspensas durante o curso da arbitragem”.

191,4 milhões de dólares. A retaliação norte-americana aconteceu então com a aprovação do ESC, dentro da quantidade dada de nulidade⁴⁰⁴.

No dia 8 de novembro de 1999 o Equador pediu autorização para suspender a aplicação para a CE de concessões ou outras obrigações – de acordo com o Artigo 22:2 do ESC-, relacionado com os seguintes acordos: TRIPS, GATS e GATT 1994. Assim como os EUA, a CE pediu arbitragem conforme disposto no Artigo 22.6 do ESC. A quantidade foi de 450 milhões de dólares. Os árbitros decidiram no relatório distribuído no dia 24 de março de 2000, que o nível de nulidade ou prejuízo sofridos pelo Equador era de 201.6 milhões de dólares ano e que o Equador podia pedir que o OSC autorizasse a suspensão de concessões ou outras obrigações dentro da estrutura do GATT de 1994⁴⁰⁵; dentro da estrutura do GATS com relação à distribuição comercial; e à extensão que foi insuficiente, dentro da estrutura da seção da TRIPS sobre direitos autorais e relacionados (seção 1), Artigo 14 – da proteção de artistas, produtores e fonogramas e organizações de transmissão, indicações geográficas e desenhos industriais. No dia 18 de maio de 2000 o Equador foi autorizado a suspender concessões à CE, como determinado pelo OSC.

No dia 22 de junho de 2001 a CE notificou um ‘Entendimento sobre Bananas entre a CE e os EUA’, e um ‘Entendimento sobre Bananas entre a CE e o Equador’, que dispunha que as partes que haviam alcançado um acordo – no sentido do Artigo 3:6 do ESC⁴⁰⁶ -, e que tanto os EUA quanto o Equador deveriam deixar de usar seus direitos de suspensão de concessões. O que aconteceu é que tanto o Equador quanto os EUA declararam que os entendimentos não eram soluções mutuamente acordadas.

É impressionante que o Equador tenha mantido sua independência através de toda a disputa, e que não tenha aceitado a liderança dos EUA no procedimento de retaliação.

Mais recentemente, e seguindo o desenvolvimento dos procedimentos de observância, a CE informou ao OSC que tinha intenção de implementar as recomendações e regras do dia 9 de janeiro

⁴⁰⁴ OMC. WT/DS27.

⁴⁰⁵ Aqui o OSC exclui bens capitais e produtos primários tais como insumos de indústria manufatureira e desenvolvimento. OMC.WT/DS27.

⁴⁰⁶ Artigo 3.6, ESC: “Soluções mutuamente acordadas de assuntos formalmente levantados na consulta e disposições de solução de disputa dos acordos cobertos devem ser notificadas ao OSC e aos Conselhos relevantes e Comitês onde o Membro possa levantar qualquer ponto a respeito de”.

de 2009, modificando obrigações tarifárias agendadas nas bananas através de um acordo sobre o nível de novas tarifas alfandegárias aplicadas pela CE para os países da América Latina fornecedores de banana, de acordo com o disposto nas negociações do Artigo XXVIII do GATT⁴⁰⁷.

No dia 7 de janeiro de 2010, a CE e o Equador notificaram ao OSC que haviam alcançado uma solução mutuamente acordada a fim de terminar a disputa. Previamente, no dia 21 de dezembro de 2009, a CE havia relatado no encontro da OSC que havia iniciado com o Equador e outros membros do chamado Acordo de Genebra sobre o Comércio de Bananas.

• **Temas relacionados a retaliação cruzada**

Em relação à retaliação cruzada proposta pelo Equador, a CE discutiu o direito do membro de pedir autorização para suspender concessões e outras obrigações no Acordo TRIPS, uma vez que não havia inconsistência do regime de bananas dentro do Acordo face aos relatórios do painel do Órgão de Apelação. O Equador reclamou que seu pedido se justificava no Artigo 22.3 (c) do ESC, porque não era prático nem eficaz para ele suspender concessões ou outras obrigações em áreas onde violações foram encontradas pelo Painel e o Órgão de Apelação.

Ainda que o OSC tenha aceitado os argumentos do Equador, o país nunca exercitou seu direito de aplicar contramedidas. Isso se explica por uma razão muito clara: seria extremamente penoso para seu mercado doméstico e suas relações econômicas internacionais – especialmente com a CE –, ao mesmo tempo em que causaria pouco ou nenhum dano à CE.

Entretanto, nessa disputa os negociadores do Equador foram originais e os negociadores principais encontraram espaço para promover uma retaliação cruzada no ESC que, como afirmado por Smith “maximizou sua influência dentro da estrutura institucional específica das regras da OMC”⁴⁰⁸. De fato, as regras do ESC – algumas das quais estavam sendo aplicadas pela primeira vez –, permitiram que o Equador pudesse barganhar acima de seu próprio peso econômico na OMC.

⁴⁰⁷ OMC. WT/DS27.

⁴⁰⁸ Smith, 2003, p. 2. Livre tradução de: “*maximize their leverage within the specific institutional framework of WTO rules*”.

Com razão o Equador entendeu que suspender concessões de acesso de mercado à CE seria nem útil nem. Em relação ao mercado mundial, o Equador importa pequenas quantidades considerando a grande variedade de produtos e sua retaliação de tarifas alfandegárias não implicaria em dano político ou econômico à CE. Além disso, e talvez ainda mais importante, as importações do Equador eram em grande parte de produtos intermediários vitais para sua própria indústria doméstica⁴⁰⁹.

No que se refere ao convencimento dos árbitros, o Equador foi muito diligente em mostrar que não era nem prático nem eficaz para sua economia doméstica suspender concessões contra produtos e/ou serviços da CE, e que as circunstâncias eram sérias suficiente para justificar um procedimento de retaliação cruzada⁴¹⁰.

O Equador então focou suas sanções nos membros da CE que impuseram mais obstáculos à liberalização, ou seja, França, Espanha e Reino Unido. Ainda, o Equador foi muito cuidadoso ao escolher restringir seus alvos a categorias de direitos de propriedades intelectuais “para os quais houvesse pouca ou nenhuma transferência de tecnologia, a fim de não arriscar seu acesso a tecnologias valiosas”⁴¹¹. Os setores escolhidos do Acordo TRIPS para terem seus direitos suspensos foram os direitos autorais, indicações geográficas e desenhos industriais⁴¹².

O membro que estava suspendendo também propôs um sistema diferenciado de licenças limitadas e revogáveis que seriam concedidas a firmas domésticas do Equador para violar direitos de propriedade intelectual até um nível definido e somente com vantagens para o mercado nacional. Nesse sentido, os árbitros afirmaram que:

É evidente que uma autorização do OSC para o Equador suspender certas obrigações em TRIPS tocava apenas o Equador. Tal autorização não exoneraria nenhum outro membro da OMC de cumprir suas obrigações na OMC, incluindo aquelas do Acordo TRIPS⁴¹³.

⁴⁰⁹ Neste sentido, Ver Ethier, 2004, p. 455.

⁴¹⁰ Ver Artigo 22.3, DSU.

⁴¹¹ Smith, 2003, p. 15. Livre tradução de: “*which there was little or no technology transfer, so as not to jeopardize its access to valuable technologies*”.

⁴¹² OMC. WT/DS27/54.

⁴¹³ OMC. WT/DS27/ARB/ECU. Livre tradução de: “*It is evident that an authorization by the DSB for Ecuador to suspend certain TRIPS obligations*

Diz-se que, naquele momento, a ameaça do Equador foi concretizada e o país em desenvolvimento não estava blefando. Mas o Equador não seguiu adiante. De acordo com Smith, oficiais do Equador poderiam ter considerado os riscos intrínsecos de suspender concessões do TRIPS com grande preocupação que essa ação pudesse desencorajar investimento estrangeiro⁴¹⁴.

5.4.2 EUA – Jogos de azar⁴¹⁵

• Resumo

Em 2003, o reclamante Antigua e Barbuda (Antigua) pediu consulta ao ESC com relação a medidas americanas aplicadas pelas suas autoridades que afetavam o suprimento de jogos e apostas entre as fronteiras. De acordo com a conclusão de Antigua, o impacto cumulativo central, regional e local das autoridades americanas tinha o objetivo de evitar o fornecimento dos serviços supramencionados de outro membro da OMC para o mercado doméstico americano.

De acordo com o reclamante, as medidas americanas podem ser inconsistentes com as obrigações americanas do GATS – em particular os Artigos II, VI, VIII, XI, XVI e XVII. O painel foi criado no dia 21 de julho de 2003⁴¹⁶.

Aproximadamente quinze anos mais tarde, no dia 10 de novembro de 2004 o relatório do painel foi circulado para os membros da OMC. Em resumo, e mais interessante, o painel conclui que:

- Três leis federais Americanas (o Ato do Cabo, o Ato de Viagem e o Ato de Negócios de Azar e Ilegais) e as disposições legais de quatro estados americanos (Louisiana, Massachusetts, South

would concern Ecuador only. Such authorization does not exonerate any other WTO Member from abiding by its WTO obligations, including those under the TRIPS Agreement”.

⁴¹⁴ Ver Smith, 2003, p. 17.

⁴¹⁵ United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services. World Trade Organization. WT/DS285. Available online at: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm>.

⁴¹⁶ Nessa ocasião, o Canadá, CE, México e Taipei Chinesa reservaram seus direitos de terceiros. No dia 23 de julho de 2003, o Japão reservou seus direitos de terceiro.

Dakota e Utah) no seu preâmbulo proíbem um, vários ou todos os meios de entrega incluído no módulo do GATS (ou seja, fornecimento através de fronteiras), contrariamente aos compromissos de acesso ao mercado específico americano para os jogos de azar e serviços de apostas do módulo 1. Assim, os EU falharam em acordar serviços e fornecedores de serviços de Antígua tratamento menos favorável que aquele previsto em seus termos, limites e condições acordadas e especificadas na agenda Americana, contrárias aos Artigos XVI:1 e Artigo XVI:2 do GATS (ou seja, em relação ao acesso ao mercado); os EU não conseguiram revogar as disposições de exceção do GATS com sucesso. A esse respeito, os EU não conseguiram demonstrar que o Ato do Cabo, de Viagem e de Negócios Ilegais e de Jogos estavam “necessariamente” sob os Artigos XIV(a) e XIV(c) do GATS (ou seja, disposições de “exceção”, incluindo moral pública) e eram consistentes com os requisitos do caput do Artigo XIV do GATS⁴¹⁷.

Em janeiro de 2005 tanto a Antígua quanto os EUA decidiram apelar sobre certos temas legais. No dia 7 de abril de 2005 o relatório do Órgão de Apelação foi circulado – e no que tange esta a esta pesquisa –, (i) manteve o entendimento do painel sobre os EU de que ele

⁴¹⁷ OMC. WT/DS285. Livre tradução de: “*Three US federal laws (the Wire Act, the Travel Act and the Illegal Gambling Business Act) and the provisions of four US state laws (those of Louisiana, Massachusetts, South Dakota and Utah) on their face, prohibit one, several or all means of delivery included in mode 1 of GATS (i.e. cross-border supply), contrary to the United States’ specific market access commitments for gambling and betting services for mode 1. Therefore, the United States failed to accord services and service suppliers of Antigua treatment no less favourable than that provided for under the terms, limitations and conditions agreed and specified in the US Schedule, contrary to Article XVI:1 and Article XVI:2 of the GATS (i.e. concerning market access); - The United States was not able to invoke successfully the GATS exceptions provisions. In this regard, the United States was not able to demonstrate that the Wire Act, the Travel Act and the Illegal Gambling Business Act are “necessary” under Articles XIV(a) and XIV(c) of the GATS (i.e. “exceptions” provisions, including for public morals) and are consistent with the requirements of the chapeau of Article XIV of the GATS*”.

age de maneira inconsistente com o Artigo XVI:1 e os subparágrafos (a) e (c) do Artigo XVI:2 mantendo certos limites ao acesso de mercado não especificado em sua Agenda e (ii) manteve o entendimento do painel, ainda que por motivos diferentes, de que a Agenda dos EU inclui um compromisso de dar acesso de mercado total a jogos de azar e serviços de apostas.

O OSC adotou o relatório do painel e do Órgão de Apelação do dia 20 de abril de 2005.

As partes não conseguiram concordar a respeito do que seria um período razoável de tempo para cumprir o acordo conforme o disposto no Artigo 21.3(b) do ESC, a Antígua pediu que um período de tempo razoável fosse determinado pela arbitragem conforme disposto no Artigo 21.3(c) da ESC. No dia 19 de agosto de 2005 o árbitro designado pelo Artigo 21.3(c) circulou sua concessão aos membros determinando que o período de tempo para cumprimento era de 11 meses e 2 semanas a contar do dia 20 de abril de 2005, expirando no dia 3 de abril de 2006⁴¹⁸.

As partes discordaram sobre se os EUA cumpria de forma consistente com as recomendações e regras do OSC, a Antígua pediu a criação de um painel sob o Artigo 21.5 do Entendimento onde a China, CE e Japão haviam reservado seus direitos de terceiros. O painel foi composto no dia 16 de agosto de 2006. No dia 30 de março de 2007, o relatório do painel sob Artigo 21.5 foi circulado para os membros da OMC e conclui que os EUA falharam em cumprir com as recomendações e regras do OSC. O relatório do painel foi adotado pelos membros da OMC no dia 22 de maio 2007.

Um mês depois, no dia 21 de junho de 2007 o reclamante pediu autorização do OSC para suspender a aplicação de concessões e outras obrigações de Antígua para os EUA sob o GATS e Acordo TRIPS. No dia 21 de dezembro de 2007 o árbitro circulou sua decisão que determinava que o nível anual de nulidade e prejuízo de benefícios sofrido por Antígua era de 21 milhões de dólares e que o reclamante podia pedir autorização do OSC para contra retaliar em TRIPS num nível equivalente ao nível de nulidade e prejuízo.

• **Temas relacionados a retaliação cruzada**

Os árbitros aceitaram que ao considerar a posição econômica relativa de Antígua comparada com a dos EUA, seria

⁴¹⁸ Ibid.

extremamente difícil para o reclamante induzir cumprimento suspendendo concessões do GATS. A expressão de pobreza relativa do tamanho de mercado de Antígua e a provável imposição de custos adicionais aos consumidores desse país foram levados em consideração pelos árbitros para permitir a retaliação cruzada em TRIPS⁴¹⁹.

Uma vez que Antígua tinha que apresentar fatos para provar que as circunstâncias eram sérias suficientes – Artigo 22.3 (c) – o reclamante mostrou dados básicos a fim de comparar a disparidade entre população, tamanho, exportações e importações, e produto interno bruto (PIB) de ambos países. Ainda, Antígua demonstrou e argumentou sobre seus limitados recursos naturais, muito pouco solo arável e a alta dependência de sua economia no turismo e serviços associados (hotéis, comércio atacado, moradia, transporte, restaurantes e imóveis). Finalmente, a Antígua também ressaltou sua necessidade de diversificar a economia doméstica e que esse era um dos motivos pelos quais o país tentava desenvolver serviços comerciais, incluindo o comércio remoto de jogos de azar⁴²⁰.

Em seu pedido de suspensão de obrigações do TRIPS, Antígua indicou que tinha intenção de aplicar contramedidas na forma de suspensão de concessão de (i) direitos autorais e relacionados; (ii) marcas registradas; (iii) desenhos industriais; (iv) patentes e; (v) proteção de informação protegida⁴²¹.

Ainda que o pedido da Antígua tenha sido aprovado pelo OSC para suspender concessões em TRIPS no dia 21 de dezembro de 2007, o país ainda não conseguiu- até o momento que esta tese está sendo escrita – pedir autorização para seguir com a suspensão de acordo com o Artigo 22.7 do ESC⁴²².

⁴¹⁹ Ver Abbott, 2009, p. 7.

⁴²⁰ Organização Mundial do Comércio. WT/DS285/ARB, P. 74.

⁴²¹ Id, p. 77.

⁴²² Artigo 22.7, ESC dispõe que: “O árbitro agindo de acordo com o parágrafo 6 não deve examinar a natureza das concessões de obrigações a serem suspensas mas sim determinar se o nível de tal suspensão é equivalente ao nível de nulidade ou prejuízo. O árbitro também pode determinar se a suspensão proposta de concessões ou outras obrigações é permitida sob o acordo coberto. Entretanto, se o assunto da arbitragem incluir um reclamação que os princípios e procedimentos do parágrafo 3 não estão sendo seguidos, a parte reclamante deve aplicá-las conforme o parágrafo 3. As partes devem aceitar a decisão do árbitro como sendo final e as partes envolvidas não podem ver ter uma segunda arbitragem. O OSC deverá ser informado prontamente da decisão do árbitro e quando requerido, deve conceder autorização para suspender concessões ou

Entretanto, um primeiro obstáculo para Antígua colocar em prática o procedimento de retaliação cruzada é o fato de que Antígua não tenha uma legislação doméstica apropriada para permitir e legalizar a autorização do OSC. Como previamente mencionado, a legislação nacional é um instrumento básico para fazer que a retaliação cruzada seja viável (e mais crível). Também, devido à enorme assimetria econômica entre os membros existem preocupações sobre se Antígua teria realmente qualquer influência significativa perante os EUA. Abbott também acredita que o que poderia ter alguma importância para os EUA é que a “ameaça que faz com que os EU se preocupem é o possível precedente de retaliação cruzada em TRIPS mais do que as consequências econômicas diretamente”⁴²³.

outras obrigações quando o pedido for consistente com a decisão do árbitro, a menos que o OSC decida por consenso rejeitar o pedido”. Livre tradução de: *“The arbitrator acting pursuant to paragraph 6 shall not examine the nature of the concessions or other obligations to be suspended but shall determine whether the level of such suspension is equivalent to the level of nullification or impairment. The arbitrator may also determine if the proposed suspension of concessions or other obligations is allowed under the covered agreement. However, if the matter referred to arbitration includes a claim that the principles and procedures set forth in paragraph 3 have not been followed, the arbitrator shall examine that claim. In the event the arbitrator determines that those principles and procedures have not been followed, the complaining party shall apply them consistent with paragraph 3. The parties shall accept the arbitrator's decision as final and the parties concerned shall not seek a second arbitration. The DSB shall be informed promptly of the decision of the arbitrator and shall upon request, grant authorization to suspend concessions or other obligations where the request is consistent with the decision of the arbitrator, unless the DSB decides by consensus to reject the request”.*

⁴²³ Abbott, 2009, p. 8. Livre tradução de: *“threat that causes the US to be concerned about the precedent of TRIPS cross-retaliation more than the direct economic consequences”*. Sobre a disputa ver também Mendel, 2010, p. 310-316. Também é interessante olhar o memorando preparado pelos estudantes do Graduate Institute de Genebra (IHEID) que discute modelos práticos diferentes de implementação de um procedimento de retaliação cruzada para Antígua. Basicamente o memorando sugere: (i) o decreto de um pedaço de legislação doméstica permitindo a suspensão de obrigações da OMC; (ii) a criação de um página na web com servidor em Antígua; (iii) a suspensão de pagamentos dos royalties de titulares de direitos de PI e; (iv) a concessão de licenças de base livre. IHEID, 2009.

5.4.3 EUA-Algodão⁴²⁴

• **Resumo**

No dia 27 de setembro o Brasil foi ao OSC fazer uma consulta sobre os EU com relação aos subsídios para produtores, usuários e/ou exportadores de algodão herbáceo americanos. Os subsídios foram referidos pelo Brasil como sendo acionáveis e proibidos e o país também pediu uma consulta sobre a legislação, regulamentos, instrumentos estatutários e emendas que dessem tais subsídios, créditos de exportação, concessões e quaisquer outras formas de assistência proibida dada pelos EU à indústria de algodão herbáceo⁴²⁵.

O Brasil entendeu que a legislação americana (*lato sensu*) não era consistente com as seguintes disposições de Direito da OMC: Artigos 5(c), 6.3(b), (c) e (d), 3.1(a) (incluindo item (j) a Lista Ilustrativa de Subsídios de Exportação no Anexo I), 3.1(b), e 3.2 do Acordo de Medidas de Subsídios e Compensação (SCM)⁴²⁶; Artigos 3.3, 7.1, 8, 9.1 e 10.1 do Acordo de Agricultura⁴²⁷; e Artigo III:4 do GATT 1994⁴²⁸.

O painel foi criado no dia 18 de março de 2003⁴²⁹. No dia 8 de setembro de 2004 o relatório do painel foi circulado aos membros. As principais conclusões do relatório foram:

- garantias de crédito de exportação agrícola estão sujeitas às disciplinas de exportação de subsídios e três programas de garantia de crédito de exportação proíbem subsídios de exportação que não tenham proteção da Cláusula da Paz e que violem aquelas disciplinas;

⁴²⁴ Subsidies on Upland Cotton. Disponível online em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds267_e.htm>.

⁴²⁵ OMC. WT/DS267.

⁴²⁶ Acordo SCM disponível em: < http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm_01_e.htm>.

⁴²⁷ Acordo de Agricultura disponível em: < http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/14-ag_01_e.htm>.

⁴²⁸ Zimbábue, Índia, Argentina e Canadá pediram consultas conjuntas.

⁴²⁹ Argentina, Canadá, China, Taipei Chinesa, CE, Índia, Paquistão, Venezuela e depois Austrália, Benin, Chad, Nova Zelândia e Paraguai reservaram seus direitos de terceiros.

- os Estados Unidos também dá vários outros subsídios proibidos em relação ao algodão;
- Os programas de apoio domésticos de algodão dos Estados Unidos não são protegidos pela Cláusula da Paz, e alguns desses programas resultam em sério prejuízo aos interesses do Brasil na forma de supressão de preço no mercado mundial⁴³⁰.

No dia 18 de dezembro de 2004 os EUA notificaram sua intenção de apelar. O relatório do Órgão de Apelação foi circulado ao membro no dia 3 de março de 2005. O Órgão de Apelação concordou com o relatório do painel que desafiava duas medidas – contrato de flexibilidade de produção e pagamentos diretos –, que estão relacionadas ao tipo de produção feitas depois do período base e, portanto, não se referem às medidas de caixa verde⁴³¹ - completamente de acordo com parágrafo 6(b) do Anexo 2 do Acordo de Agricultura; e, portanto, não são isentos, em virtude do Artigo 13(a) (ii), das ações do Artigo XVI do GATT 1994 e a Parte III do Acordo de Medidas de Subsídio e Compensação (SCM).

Ainda, o Órgão de Apelação manteve as conclusões do painel no tocante às medidas domésticas de apoio desafiadas – entre 1999 e 2002 – que apoiavam o algodão herbáceo em excesso durante o período de referência de 1992 e, portanto, essas medidas não são isentas, em virtude do Artigo 13(b) (ii), das ações do Artigo XVI:1 do GATT 1994 e Parte III do Acordo SCM. O relatório do Órgão de Apelação com opinião majoritária manteve o resultado do painel do Artigo 10.2 do Acordo de Agricultura não isenta as garantias de crédito de exportação das disciplinas de subsídio de exportação do Artigo 10.1 do

⁴³⁰ OMC. WT/DS267. Livre tradução de: “- *agricultural export credit guarantees are subject to WTO export subsidy disciplines and three United States export credit guarantee programmes are prohibited export subsidies which have no Peace Clause protection and are in violation of those disciplines;- the United States also grants several other prohibited subsidies in respect of cotton;- United States’ domestic support programmes in respect of cotton are not protected by the Peace Clause, and certain of these programmes result in serious prejudice to Brazil’s interests in the form of price suppression in the world market*”.

⁴³¹ De acordo com a definição da OMC, caixas verdes se referem ao apoio doméstico para agricultura que é permitido sem limites uma vez que não distorce o comércio, ou no máximo causa uma distorção mínima.

Acordo. Finalmente, o relatório do Órgão de Apelação concorda que a conclusão do painel no que concerne os programas de garantia de crédito em questão-GSM 102, GSM 103 e SCGP-constituem uma exportação *per se* dentro do significado do item (j) da Lista Ilustrativa de Subsídios de Exportação do Anexo 1 do Acordo de SCM⁴³², mantendo a conclusão do painel de que os programas de exportação são de fato subsídios à exportação consoante Artigo 3.1(a) do Acordo SCM e são inconsistentes com Artigos 3.1(a) do mesmo Acordo⁴³³.

O OSC adotou tanto os relatórios do painel quanto do Órgão de Apelação em seu encontro do dia 21 de março de 2005. A pedido de ambas as partes, o Diretor-Geral constitui um painel de observação no dia 25 de outubro de 2006 cujo relatório foi circulado aos membros da OMC no dia 25 de outubro de 2006. Os pontos principais do relatório foram:

Em relação ao GSM 102 de garantias de crédito de exportação emitido no dia 1 de julho de 2005 os Estados Unidos agiu inconsistentemente com o Artigo 10.1 do Acordo de Agricultura ao aplicar subsídios de exportação numa forma que resultou na evasão de compromissos de subsídio de exportação dos EUA com respeito a certos produtos programados e não programados, tendo como resultado atos inconsistentes com o Artigo 8 do Acordo de Agricultura. Com relação ao GSM 102 de garantias de crédito de exportação emitido depois do dia 1 de julho de 2005, também agiu de forma inconsistente com Artigos 3.1(a) e 3.2 do Acordo SCM ao dar subsídios de exportação a produtos não programados e ao dar subsídios de exportação a produtos programados em excesso pelas obrigações dos Estados Unidos baixo o Acordo de Agricultura. Ao agir inconsistentemente com os Artigos 10.1 e 8 do Acordo de Agricultura e Artigos 3.1(a) e 3.2 do Acordo SCM, os Estados Unidos falhou em cumprir com as recomendações e regras do OSC. Especificamente, os Estados Unidos falhou em trazer suas medidas em conformidade com o

⁴³² Para os programas de garantia de crédito dos EUA para algodão, ver < <http://www.cottonusa.org/>>.

⁴³³ OMC. WT/DS267.

Acordo de Agricultura e falhou em “retirar o subsídio sem demora”⁴³⁴.

Ambas as partes apelaram em 2008, e no dia 2 de junho de 2008 o relatório do Órgão de Apelação foi circulado aos membros. O relatório do OA conclui que o painel de observância falhou em fazer uma avaliação objetiva do assunto – programa de garantia de crédito de exportação – conforme Artigo 11 do OSC, uma vez que dispensava a importação de dados re-estimados submetidos aos EUA com base na lógica inconsistente internamente. Por outro lado, o Órgão de Apelação manteve a conclusão do painel de observância de que o programa GSM 102 não havia sido elaborado com a intenção de cobrir custos e perdas operacionais de longo prazo e que o programa consiste num subsídio de exportação dentro do significado do Artigo 3.1(a) do Acordo da SCM e Artigo 10.1 do Acordo de Agricultura.

Além disso, o Órgão de Apelação concluiu que ao agir inconsistentemente com o Acordo do SCM e da Agricultura, os EUA falharam em cumprir com as recomendações e regras do OSC, e não deram passos apropriados para remover os efeitos adversos ou para retirar o subsídio num período razoável de tempo⁴³⁵.

⁴³⁴ Ibid. Livre tradução de: “*Regarding GSM 102 export credit guarantees issued after 1 July 2005 the United States acts inconsistently with Article 10.1 of the Agreement on Agriculture by applying export subsidies in a manner which results in the circumvention of US export subsidy commitments with respect to certain unscheduled products and certain scheduled products, and as a result acts inconsistently with Article 8 of the Agreement on Agriculture. Regarding GSM 102 export credit guarantees issued after 1 July 2005 also acts inconsistently with Articles 3.1(a) and 3.2 of the SCM Agreement by providing export subsidies to unscheduled products and by providing export subsidies to scheduled products in excess of the commitments of the United States under the Agreement on Agriculture. By acting inconsistently with Articles 10.1 and 8 of the Agreement on Agriculture and Articles 3.1(a) and 3.2 of the SCM Agreement the United States has failed to comply with the DSB recommendations and rulings. Specifically, the United States has failed to bring its measures into conformity with the Agreement on Agriculture and has failed to withdraw the subsidy without delay*”. O painel também concluiu que uma vez que as medidas adotadas pelos EUA para cumprir as recomendações e regras originalmente adotadas pelo OSC eram inconsistentes com as objeções dos EUA do acordo coberto, as recomendações e regras originais permaneceram válidas.

⁴³⁵ Artigo 7.8, Acordo SCM: “Quando o relatório do painel ou Órgão de Apelação é adotado e determina que qualquer subsídio que resulte em efeitos

Assim, o Órgão de Apelação recomendou que o pedido do OSC para que os EUA trouxessem suas medidas inconsistentes com os Acordos de Agricultura e do SCM fossem alteradas para estar em conformidade com suas obrigações dentro desses Acordos.

O OSC adotou os relatórios do painel de observância e do Órgão de Apelação de 20 de junho de 2008.

Assim, no dia 4 de julho de 2005 o Brasil pediu autorização para suspender concessões ou outras obrigações (i) do Artigo 4.10 do Acordo SCM e Artigo 22.2 do ESC; (ii) com relação aos subsídios acionáveis – cujos período de tempo razoável expiraram no dia 21 de setembro de 2005 – o Brasil pediu autorização para suspender concessões sob Artigo 7.09 do Acordo SCM e Artigo 22.2 do ESC; (iii) em relação aos subsídios proibidos, no dia 5 de julho de 2005 as partes notificaram conjuntamente o OSC de que haviam concordado sobre os Procedimentos Acordados sob Artigos 21 e 22 do ESC e Artigo 4 do Acordo SCM⁴³⁶.

Com relação à disputa, o árbitro decidiu que o reclamante poderia: (i) em relação aos subsídios proibidos o Brasil poderia pedir autorização para suspender concessões ou outras obrigações do Acordo de Comércio de produtos – Anexo 1^a – no nível que não excedesse o valor de 147.7 milhões de dólares para o ano de 2006, ou por outros anos, a quantidade a ser determinada pela metodologia de cálculo descrita na decisão do árbitro; (ii) em relação aos subsídios acionáveis, o Brasil poderia pedir autorização para suspender concessões ou outras obrigações do Acordo de Comércio de produtos – Anexo 1^a – no nível que não excedesse o valor de 147.3 milhões de dólares anuais⁴³⁷. No dia

adversos aos interesses do outro Membro dentro do significado do Artigo 5, o Membro que dá e mantém tal subsídio deve tomar medidas apropriadas para remover os efeitos adversos ou retirar o subsídio”. Livre tradução de: “*Where a panel report or an Appellate Body report is adopted in which it is determined that any subsidy which has resulted in adverse effects to the interests of another Member within the meaning of Article 5, the Member granting or maintaining such subsidy shall take appropriate steps to remove the adverse effects or shall withdraw the subsidy*”.

⁴³⁶ OMC. WT/DS267.

⁴³⁷ Ibid. Note que os árbitros também determinaram que “no caso que o nível total de contramedidas que o Brasil teria direito em um dado ano aumentasse a um nível que excedesse o patamar descrito nas decisões, atualizado dar conta da a mudança de importações do Brasil com os Estados Unidos, então o Brasil deveria também ter direito a suspender certas obrigações dos Acordos TRIPS e/ou do GATS com relação a qualquer quantidade de contramedidas permitidas

6 de novembro de 2009, o Brasil pediu autorização do OSC para suspender a aplicação aos EUA de concessões ou outras obrigações em conformidade com os árbitros – decisões que foram autorizados no dia 19 de novembro de 2009.

No dia 8 de março de 2010, o reclamante notificou o OSC informando que suspenderia a aplicação aos EUA de concessões ou outras obrigações do GATT de 1994. Ainda, o membro informou que suspenderia concessões ou outras obrigações do TRIPS e/ou do GATS⁴³⁸.

Pouco depois, as partes entraram em conversação sobre a possibilidade de chegar numa solução mutuamente satisfatória no dia 30 de abril de 2010 e o Brasil informou ao OSC que adiaria a imposição das contramedidas notificadas em março de 2010.

Aproximadamente quatro meses depois, no dia 25 de agosto de 2010, o Brasil e os Estados Unidos informaram ao OSC que haviam concluído uma Estrutura de Acordo Mútuo de Solução para a Disputa do Algodão na Organização Mundial do Comércio, ditando parâmetros para a discussão de uma solução com relação aos programas de apoio doméstico dos EUA ao algodão herbáceo⁴³⁹. De acordo com o acordo dos países, uma vez que essa Estrutura esteja vigente, o Brasil não vai retaliar os EUA, como aprovado pelo OSC.

• **Temas relacionados a retaliação cruzada**

Desde que o governo brasileiro anunciou sua intenção de retaliar em TRIPS a disputa ganhou muita atenção da mídia mundial. Não só por causa do interesse de vários membros da OMC de procedimentos de algodão, mas também porque ao contrário dos procedimentos de retaliação cruzada aprovados pelo OSC anteriormente, desta vez a ameaça veio de uma grande economia em desenvolvimento.

aplicadas em excesso desse montante”. Livre tradução de: “*in the event that the total level of countermeasures that Brazil would be entitled to in a given year should increase to a level that would exceed a threshold described in the decisions, updated to account for the change in Brazil's total imports from the United States, then, Brazil would also be entitled to seek to suspend certain obligations under the TRIPS Agreement and/or the GATS with respect to any amount of permissible countermeasures applied in excess of that figure*”. Ibid.

⁴³⁸ OMC. WT/DS267/43.

⁴³⁹ Ver WT/DS267/45.

Ainda que o governo brasileiro sempre tenha tentado sustentar uma posição de que não quer entrar em guerras comerciais, ele mostrou força e habilidade nas negociações da OMC e afirmou que seu único desejo era fazer com que os EUA respeitassem as regras e recomendações do OSC.

A primeira lista preliminar de retaliação publicada pelo governo brasileiro – Resolução 74/2009 – para consulta pública de indústrias domésticas é de 6 de novembro de 2009. Ainda que ela não mencione procedimentos de retaliação-cruzada, a lista foi promulgada no caso de uma eventual necessidade de aplicar contramedidas aos EUA no caso do não cumprimento. No Artigo 3 dessa Resolução, o governo brasileiro afirmou que as contramedidas objeto da consulta consistiriam na imposição de taxas adicionais de até 100 pontos percentuais acima do índice da taxa de importação aplicada aos produtos que fossem selecionados pela Câmara de Comércio Exterior (CAMEX)⁴⁴⁰ -, originários e procedentes dos EUA, sem prejuízo da adoção de outras modalidades ou inclusões de códigos de tarifas, por decisão da CAMEX⁴⁴¹.

Depois da consulta pública, a lista de suspensão de concessões do GATT 1994 foi publicada pela CAMEX através da Resolução 15/2010 de 5 de março de 2010⁴⁴². O governo fixou a taxa de impostos de importação em vários produtos com o termo de 365 dias⁴⁴³.

Uma semana depois, no dia 12 de março de 2010 o governo brasileiro apresentou uma lista de retaliação-cruzada para

⁴⁴⁰ A CAMEX foi criada pelo Decreto 4.732/2003. De acordo com seu Artigo 1, CAMEX tem como objetivo formular, adotar, implementar e coordenar as políticas e atividades relacionadas ao comércio exterior de bens e serviços, incluindo o turismo. Decreto 4.732/2003 disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4732.htm>.

⁴⁴¹ Resolução CAMEX 74/2009, com a primeira lista preliminar de retaliação para consulta pública está disponível online em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1257771150.pdf>. A lista inclui 222 produtos dos EUA que sofreram retaliação com tarifas de mais de 100 por cento de valor quando importado do Brasil.

⁴⁴² A lista de produtos correspondem a uma quantia de retaliação de 591 milhões de dólares. A quantidade anual restante de retaliação para o qual o Brasil tem direito – 238 milhões de dólares que acrescenta ao total do valor autorizado de 829 milhões de dólares que serão aplicados nos setores de propriedade e serviços intelectuais.

⁴⁴³ Resolução CAMEX 15/2010 disponível online em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1268063292.pdf>.

consulta no TRIPS (CAMEX Resolução 16/2010), que definitivamente fez com que o governo dos EUA prestassem mais atenção aos movimentos brasileiros⁴⁴⁴. E o Brasil preparou-se bem para publicar essa lista.

Como dito anteriormente, desde 2007 o Brasil tem um projeto de lei – PL1893/2007 –, que busca estabelecer uma estrutura legislativa para a suspensão de obrigações do TRIPS dando poder executivo ao governo para aplicar medidas para a suspensão e diluição ou dissolução da proteção temporária de direitos de propriedade intelectual no Brasil para a quebra de obrigações multilaterais por governos estrangeiros dentro da OMC⁴⁴⁵.

Quando o Brasil percebeu que os EUA não tinham intenção de cumprir com as regras e recomendações do OSC e do Órgão de Apelação, o Presidente Lula, no dia 10 de fevereiro de 2010 deu novo impulso a legislação doméstica para suspensão de concessões em TRIPS e promulgou uma Medida Provisória 482/2011. A Medida Provisória 482/2011 dispõe sobre medidas para suspender concessões ou outras obrigações do país de direitos de propriedade intelectual e outros, nos casos de não cumprimento com obrigações do Acordo Criando a OMC. Essa Medida Provisória foi então convertida em Lei Federal no dia 24 de junho de 2010 – Lei 12.270/2010⁴⁴⁶.

Entre outras disposições interessantes, o Artigo 6 apresenta uma lista de ações que devem ser aplicadas individualmente ou cumulativamente, através da Resolução da CAMEX em relação aos direitos de propriedade intelectual:

- (i) adiamento de proteção da data estabelecida pelo poder executivo, reduzindo o termo de proteção, pedidos de proteção em andamento de propriedade intelectual;
- (ii) subtração do termo de proteção por um período específico a qualquer momento de sua duração;

⁴⁴⁴ Resolução CAMEX 16/2010 disponível online em: http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1268663608.pdf.

⁴⁴⁵ Ver o preâmbulo do PL 1893/2007. Além disso, o projeto também vislumbra a suspensão de direitos em TRIPS-plus. Ver também Salles, 2010.

⁴⁴⁶ Lei 12.270/2010 disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12270.htm.

- (iii) licença de uso público não comercial, sem autorização do dono,
- (iv) suspensão de direito exclusivo para impedir a importação e o mercado doméstico de produtos de incorporar direitos de patentes mesmo que o bem importado não tenha sido posto no mercado externo diretamente pelo titular do direito de propriedade intelectual ou com seu consentimento;
- (v) aumento ou introdução de quantidades adicionais devido às entidades ou órgãos públicos para execução de direitos de propriedade intelectual, incluindo sua aquisição e manutenção;
- (vi) o bloqueio temporário de royalties ou compensação de exercício de direitos de propriedade intelectual de licenciado nacional ou autorizado dentro do território nacional;
- (vii) a aplicação de direitos comerciais a serem deduzidos da remuneração que o titular do direito de propriedade intelectual teria direito ou;
- (viii) a criação de um registro obrigatório para obter e manter direitos de propriedade intelectual⁴⁴⁷.

Assim, diferentemente de outros membros da OMC que receberam o direito de retaliação-cruzada em TRIPS, mas não tinham legislação doméstica para bancar a suspensão de direitos de propriedade intelectual de titulares de DPIs, em termos legais o Brasil está atualmente preparado para tal ação, se necessário.

A lista de suspensão de direitos de propriedade intelectual está contida da Resolução da CAMEX 16/2010, que criou a suspensão de vários tipos de patentes, direitos autorais e marcas registradas.

Um simulação feita por Lakatos *et.al.* mostra o impacto no bem estar do plano de retaliação do Brasil, isolando os efeitos de retaliação dos efeitos de contra retaliação de direitos de PI. A tabela desses autores foi reproduzida abaixo e estima os ganhos/perdas do consumo privado no bem estar considerando os dois tipos de retaliação proposta⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ Artigo 6, Lei 12.270/2010.

⁴⁴⁸ Ver Lakatos; Walmsley, 2011.

Volume de Mudanças de Consumo Privado (\$mil)				
	Retaliação Comercial		Retaliação de PI	
	EU	Brasil	EU	Brasil
Agricultura	0.05	- 0.45	-1.06	1.38
Verduras, frutas e castanhas	0.00	-0.13	-0.02	0.15
Fibras vegetais	0.61	-2.71	-0.05	0.15
Mineração	-0.01	0.00	-0.01	0.00
Produtos alimentícios	-0.39	-0.72	-3.34	4.75
Óleos e gorduras vegetais	-0.06	-0.25	-0.13	1.16
Laticínios	-0.17	-0.55	-1.43	2.17
Outros produtos agrícolas	-3.10	4.03	-5.84	9.20
Bebidas e tabaco	-1.53	-0.38	-2.70	2.36
Têxteis	-1.28	-1.21	-1.67	1.20
Vestimenta	-4.71	-1.73	-4.59	3.10
Manufaturados	-8.65	-0.39	-10.00	5.97
Produtos químicos de borracha e plástico	-6.05	-3.47	-7.05	7.54
Produtos metais	-0.48	-0.13	-0.55	0.67
Motores e partes de veículos	-8.68	-1.71	-8.93	8.63
Transporte e equipamento	-0.81	-0.06	-1.12	0.51
Eletrônicos	-3.78	-1.18	-3.18	4.24
Máquinas e equipamentos	-4.44	-0.86	-4.87	2.50
Manufaturados	-4.84	-0.68	-4.28	2.81
Serviços de royalties	-0.06	0.01	-0.05	5.12
Outros serviços de negócios	-1.03	-0.78	-3.19	19.97
Serviços	-52.98	-3.20	-171.53	88.03
Total	-102.39	-24.59	-235.59	171.63

Tabela IV – Fonte: Lakatos;Walmsley,2011

Se o consumo privado for considerado, o Brasil tem um impacto negativo se o país utilizar somente retaliação comercial – taxas alfandegárias – e um impacto consideravelmente positivo na retaliação

de PI. Os autores fizeram outras comparações além do consumo privado. Eles também consideraram a mudança de volume na saída e a diminuição do bem estar dos membros da OMC além do comércio multilateral total⁴⁴⁹. O impacto negativo da retaliação comercial e o impacto positivo da suspensão de concessão de direitos de propriedade intelectual aparecem em toda a simulação. Assim, a retaliação-cruzada do Brasil em TRIPS seria fundamental para produzir um impacto no bem estar da economia doméstica.

A ameaça de sanções levou a intensas negociações entre Brasil e os EUA no primeiro semestre de 2010 a fim de encontrar um acordo mútuo e tentar evitar a retaliação-cruzada brasileira. Em abril de 2010 os dois membros apresentaram um Memorando Preliminar De Entendimento com relação ao fundo de assistência técnica e capacidade construtora em relação à disputa do algodão identificando certas medidas e ações que se respeitadas pelos EUA, levariam à suspensão da ameaça de retaliação brasileira⁴⁵⁰.

Dois meses depois, no dia 25 de junho de 2010 o Brasil e os EUA concluíram que “a Estrutura para uma Solução Mutuamente Acordada para a Disputa do Algodão na Organização Mundial do Comércio (WT/DS267)”⁴⁵¹. Basicamente a Estrutura dita os parâmetros para discutir a solução com respeito aos programas de apoio doméstico para o algodão herbáceo nos EUA, bem como um processo de operação de revisão conjunta no tocante às garantias de crédito de exportação do programa GSM-10⁴⁵². Como consequência dessa Estrutura, o Brasil teve que suspender a retaliação-cruzada contra os EUA.

Na realidade, nem o Brasil nem os EUA queriam entrar numa guerra comercial. Ambos os países perderiam e o Brasil poderia

⁴⁴⁹ Id., p. 24-25.

⁴⁵⁰ O “Memorando de Entendimento entre o Governo dos EU e do Brasil com relação ao fundo de assistência técnica e capacidade de construção em relação à disputa do algodão (WT/DS267) no Organização Mundial do Comércio” está disponível online em: <http://www.brazilcouncil.org/sites/default/files/MOUonaFundforTAandCB-Apr202010.pdf>.

⁴⁵¹ O “Framework for a Mutually Agreed Solution to the Cotton Dispute in the World Trade Organization (WT/DS267)” está disponível online em: http://docsonline.wto.org/GEN_highLightParent.asp?qu=%28%40meta%5FSymbol+WT%FCDS267%FC%2A%29&doc=D%3A%2FDDFDOCUMENTS%2FT%2FWT%2FDS%2F267%2D45%2EDOC%2EHTM&curdoc=3&popTitle=WT%2FDS267%2F45.

⁴⁵² Id., p. 1. Sobre EUA-Algodão ver também Schnepf, 2011.

arriscar perder até mesmo seu acesso ao mercado americano sob o Sistema Geral de Preferências⁴⁵³. Entretanto, tem sido dito que a ameaça do Brasil fez o governo americano se mexer. Provavelmente mais por motivos políticos do que econômicos, os dois membros da OMC deram um passo para trás na disputa e estão tentando chegar numa solução razoável para os dois lados. Atualmente, os EUA está pagando ao Brasil para evitar retaliação. Seguindo o ESC, a solução não é a que foi realmente pensada para dirimir a disputa, uma vez que o objetivo real da disputa é induzir a implementação.

5.5 Retaliação cruzada como veículo de desenvolvimento de membros da OMC

Como publicamente dito pelo Diretor-Geral da OMC Pascal Lamy, há pontos de ligação cruciais entre o comércio e o desenvolvimento⁴⁵⁴. Isso explica por que a OMC tem trabalhado duro na Agenda de Desenvolvimento de 2001. O objetivo principal da Agenda é tratar das necessidades dos países em desenvolvimento – que totalizam dois terços do total de membros da OMC. De fato, a atual Rodada de Doha foi lançada especialmente para trabalhar com temas de desenvolvimento em conexão com assuntos de comércio multilateral na OMC.

Em relação ao sistema de solução de controvérsias, de acordo com a Declaração Ministerial de Doha, os membros concordam em negociar melhoras e esclarecimentos do ESC. Em vista da Agenda de Desenvolvimento, as negociações deveriam ser baseadas no trabalho feito até aqui e em propostas adicionais de membros são bem vindas.

De acordo com o preâmbulo do acordo de Marraquesh, as relações da OMC devem basicamente:

- ser conduzidas com vistas a levantar padrões de vida de seus membros;

⁴⁵³ O Sistema Geral de Preferências (SGP) é um sistema de isenção do princípio MFN que impõe que países membros da OMC tratem as importações de todos os membros da OMC de maneira não pior que eles tratam a importação de seus parceiros comerciais favoritos. Mais informação sobre SGP dos EU está disponível online em: <http://www.ustr.gov/webfm_send/2880>.

⁴⁵⁴ A apresentação da nota do Secretariado sobre Aspectos de Desenvolvimento da Rodada de Doha para a Comissão da OMC de Comércio e Desenvolvimento de 28 de novembro de 2005. Disponível online em: <http://www.wto.org/english/news_e/news05_e/stat_lamy_28nov05_e.htm>.

- garantir total emprego e volume crescente de maneira estável de receita e demanda;
- permitir o uso otimizado dos recursos mundiais de acordo com o objetivo do desenvolvimento sustentável e;
- buscar proteger e preservar o meio ambiente bem como aumentar os meios o fazer de maneira consistente com as necessidades respectivas e preocupações em diferentes níveis de desenvolvimento econômico⁴⁵⁵.

É de se notar que a criação da OMC contribui significativamente para o crescimento econômico global, o desenvolvimento geral e o aumento de empregos desde sua criação. Inquestionavelmente, o comércio internacional pode ter um papel importante na promoção de desenvolvimento econômico. Todos os membros devem se beneficiar das oportunidades que vem com a liberalização do comércio e dos ganhos conjuntos de bem estar gerados pelo sistema de comércio multilateral.

No que concerne o mecanismo de retaliação cruzada, tem-se como aceito que a suspensão de concessões e outras obrigações do Acordo TRIPS deve propiciar certo nível de desenvolvimento e aumento de bem estar social. Por exemplo, a suspensão de patentes farmacêuticas pode permitir a produção de remédios genéricos a um preço consideravelmente mais baixo enquanto a suspensão de direitos autorais pode permitir a livre reprodução de DVDs. Ainda, a retaliação cruzada em TRIPS, se bem planejada e executada, pode contribuir para o aumento de inovação no país que está suspendendo, ao mostrar informação que seria então copiada para o benefício da indústria desse país.

A OMC tem o compromisso de implantar efeitos positivos para garantir que os membros em desenvolvimento participem no crescimento do comércio mundial assegurando e tratando de suas necessidades de desenvolvimento econômico. Isso é traduzido num aumento de acesso de mercado, regras mais equilibradas e programas com capacidade de construção financiados de forma sustentável. Esses elementos devem ser continuamente promovidos seguindo o aumento de troca mundial.

⁴⁵⁵ Preâmbulo do Acordo de Marraquesh. Disponível online em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm>.

5.6 Viabilidade das propostas de reforma do OSC em favor dos países em desenvolvimento

Estimulados pela discussão lançada na Rodada de Desenvolvimento de Doha de 2001, vários países começaram a trabalhar nas proposições com sugestões de melhoras e emendas para o texto do ESC. A proposta mais famosa foi elaborada pelo México e foca, principalmente, no problema de retaliação como sendo um remédio prospectivo.

Na prática, e seguindo as disposições atuais do ESC, os membros só conseguem compensação ou exercer seu direito de suspensão prospectivamente. Essa situação pode afetar seriamente o comércio em muitos casos. O litígio da OMC dura muito tempo – geralmente mais de um ano –, e durante esse período não há possibilidade de membros Estados ou setores privados buscar cumprimento ou remédios⁴⁵⁶.

A esse respeito, o México submeteu uma proposta no dia 31 de outubro de 2002 - TN/DS/W/23 – com alguns pedidos interessantes. Primeiramente o México sugeriu a introdução de mecanismos dentro do sistema de solução de disputa num estágio inicial do painel, permitindo o cálculo do nível de prejuízo ou nulidade sofrido pelo membro reclamante⁴⁵⁷.

Atualmente, o sistema do ESC toma a decisão de julgar o nível de nulidade ou prejuízo depois de um período razoável para a implementação de decisão expirar, e em acordo com o Artigo 22.6 do ESC, presumivelmente depois do término de todos os procedimentos no Artigo 21.5.

Na visão do México, essa ação criaria incentivos para o pronto cumprimento da decisão ou recomendação, para promover e facilitar as negociações, uma vez que os membros estariam a par da quantidade de nulidade ou perdas consideradas, reduzindo o tempo durante o qual a medida declarada inconsistente permanece sem consequências.

Além disso, numa tentativa de desencorajar os membros de manter medidas declaradas inconsistentes com acordos cobertos, o

⁴⁵⁶ Ver Plasai, 2007, p. 6. O autor também trata da exceção do Artigo 4.6 do Acordo de Medidas de Subsídios e Compensação. O Artigo indica que quando a medida em questão for de subsídio proibido, o painel deve recomendar que o membro que dá o subsídio o retire sem demora. Ibid.

⁴⁵⁷ OMC, TN/DS/W/23.

México propôs a possível determinação retroativa de danos sofridos pelo membro reclamante.

As vantagens mostradas pelo México a esse respeito seriam: (i) uma distribuição mais equilibrada de benefícios, ou a garantia de que os direitos equilibrados e concessões obtidas pela Rodada do Uruguai fossem completamente respeitadas – uma vez que o reclamante teria o direito de recuperar compensação e negociar todas as perdas nas quais as medidas declaradas inconsistentes incorreram, ou suspender benefícios numa quantidade igual a essas perdas; (ii) para ganhar tempo, como o membro que se defende não teria incentivos para atrasar artificialmente o processo e (iii) para facilitar as negociações ao eliminar os incentivos de procedimentos prolongados.

Suas preocupações refletem não só em documentos e propostas dos Membros, mas também em vários artigos e livros como mostrado durante essa pesquisa. Por exemplo, paralelamente à proposta feita pelo México para a reforma do ESC, o grupo Africano corrobora a posição do México.

Os membros concordam com o efeito retroativo da retaliação, que deveria começar a ser contado da data da imposição da medida violadora com relação ao cálculo da perda ou dano causado pela medida declarada inconsistente. Os membros também sugerem uma compensação monetária especialmente para os países em desenvolvimento afetados pelas medidas ilegais⁴⁵⁸.

Por outro lado, considerando o tema de contra medidas, o Equador⁴⁵⁹ e outros países menos desenvolvidos⁴⁶⁰ propuseram a possibilidade de compensação aos países em desenvolvimento por um período ilimitado, se a parte réu não cumprir a decisão ou recomendação dentro de um período de tempo razoável do ESC. Essa proposta é bem interessante no sentido de que os países desenvolvidos seriam pressionados a implementar decisões concretas, e assim aumentar seu poder de pressão no sistema.

O Grupo Africano, Equador e os Países Menos Desenvolvidos, juntamente com Quênia⁴⁶¹, Cuba, Honduras e outros membros⁴⁶² sugeriram a retaliação coletiva. Essa proposta teve forte resistência dos países desenvolvidos, e se referiu à possibilidade de

⁴⁵⁸OMC, TN/DS/W/15.

⁴⁵⁹OMC, TN/DS/W/9.

⁴⁶⁰OMC, TN/DS/W/33.

⁴⁶¹OMC, TN/DS/W/42.

⁴⁶²OMC, TN/DS/W/19.

suspender concessões para mais de um Membro com o objetivo de garantir a eficácia das contra medidas. A proposta trata especificamente das disputas nas quais o país em desenvolvimento pode retaliar contra um país desenvolvido.

Como esta, uma proposta semelhante já havia sido feita em 1965 durante o GATT. A justificativa era de que as pequenas economias podem formar grupos com interesses convergentes e semelhantes para melhorar seu poder de barganha durante as negociações⁴⁶³.

Finalmente, outra proposta para conferir maior efetividade ao sistema durante a fase de implementação, e que poderia ser usada somente quando o requerido processado por um país em desenvolvimento e um país desenvolvido, é a retaliação cruzada, apoiado por Cuba, Honduras, Índia e outros Membros⁴⁶⁴. Note que ainda que a retaliação cruzada seja aceita pela OMC quando a retaliação tradicional não é nem prática nem eficaz, não há nenhuma disposição específica no ESC a esse respeito.

Tratando a retaliação e os remédios da OMC como um todo, Davey argumenta que há várias mudanças práticas a esse respeito para oferecer esperança para a melhora do sistema de implementação da OMC. De acordo com esse autor, a OMC deveria incorporar:

- (i) A possibilidade de substituir multas ou danos como remédios em troca da suspensão de concessões;
- (ii) Algum grau de retroatividade, a fim de ajudar a encorajar o cumprimento dentro de um período de tempo razoável e;
- (iii) Algum mecanismo de ajuste para aumentar o nível de sanções ao longo do tempo a fim de impedir que o não cumprimento tenha uma posição de status quo⁴⁶⁵.

Com relação à possibilidade de substituir multas ou danos, parece que seria uma opção viável e interessante. Mais que tudo, a ideia dessa mudança é ligar a quantidade de multa ou dano ao tamanho da economia do membro – ou, posto de outra forma, prover uma escala móvel para diminuir/minimizar a discriminação contra pequenas economias. Inquestionavelmente, o sistema teria que ser desenhado, de

⁴⁶³ Ver Hudec, 2002, p. 86.

⁴⁶⁴ OMC, TN/DS/W/47.

⁴⁶⁵ Davey, 2009, p. 125-126.

acordo com Davey, de tal forma que evitasse a possibilidade de países desenvolvidos poderosos efetivamente “comprar” suas obrigações dentro do sistema comercial multilateral⁴⁶⁶.

Essa iniciativa também é apoiada por Matsuchita *et.al.*, que apoia que multas, em especial, deveriam ter um papel central. Os autores entendem que o sistema de multas poderia representar um incentivo maior à indução de compensação uma vez que as multas aumentariam ao longo do tempo e se baseariam no tamanho da economia do membro⁴⁶⁷.

A ideia de introduzir multas e/ou danos ao sistema de solução de disputa também engloba a sugestão supramencionada de compensação. Ainda que ela pudesse ser considerada como discriminatória contra membros desenvolvidos, a sugestão é que os países em desenvolvimento e pequenas economias tivessem escolha entre a suspensão de concessões e o recebimento de pagamento monetário periódico⁴⁶⁸.

O sistema de medidas prospectivas definitivamente não ajudar nem encoraja o pronto cumprimento. Essa é a falha mais crítica tratada pela proposta do México. Assim sendo, a fim de minimizar o problema e estimular o pronto cumprimento das decisões do OSC, qualquer remédio considerado pelo ESC deveria ser calculado partindo de (i) a data de criação do painel; (ii) a data de adoção do relatório relevante ou, (iii) uma data anterior (ex. data dos fatos, se possível de ser definido)⁴⁶⁹.

Essa terceira sugestão tratada por Davey, considerando o aumento de sanções ao longo do tempo, também parece ser uma solução viável para melhorar o sistema de implementação. O procedimento de aumentar sanções provavelmente ajudaria a evitar a percepção errada de que o pagamento de multas e/danos é mais que uma alternativa de observância⁴⁷⁰.

De fato, Matsuchita *et.al.* chamam atenção para o fato de que a compensação deveria ser obrigatória ao invés de voluntária. Nesse sentido, os autores argumentam que ainda que a compensação como um tema prático não possa ser forçado – uma vez que é concedido pelo Estado perdedor/réu – provavelmente deveria se tornar mais atraente

⁴⁶⁶ Id., p. 126.

⁴⁶⁷ Matsuchita; Mavroidis; Schoenbaum, 2003, p. 94.

⁴⁶⁸ See Davey, 2009, p. 126.

⁴⁶⁹ Ibid.

⁴⁷⁰ Ibid.

para os violadores se outras sanções disponíveis forem colocadas em jogo⁴⁷¹.

Além disso, os autores fazem uma sugestão controversa ainda que eficiente de suspender o direito de um membro recalcitrante de participar no sistema da OMC. A ideia é que a suspensão pudesse ser gradual: (i) inicialmente a suspensão poderia toma a forma de negação de direitos em certas comissões e grupos de trabalho; (ii) maiores negações de direitos, poderia levar à suspensão do direito de participar no encontro do conselho da OMC ou de usar o sistema de solução de controvérsias⁴⁷².

Da discussão acima, é mais provável que a introdução de remédios retrospectivos, e a melhora e aumento de sanções no ESC ao longo do tempo, tratem dos problemas de oportunidade e qualidade de implementação de recomendações do OSC. O custo do não cumprimento aumentaria.

Como dito no início deste estudo, a fase de implementação da OMC é a parte mais problemática do sistema de solução de disputa. De acordo com o Artigo 3.3 do ESC, a finalidade da solução de disputa é manter o equilíbrio entres os direitos e obrigações dos membros da OMC⁴⁷³. Entretanto, o mecanismo de retaliação parece permitir que o comportamento do membro vá contra essa finalidade, uma vez que permite que países ‘comprem’ suas obrigações, dando uma pequena compensação ou mantendo a suspensão de concessões e outras obrigações nos termos do ESC.

⁴⁷¹ Matsuchita; Mavroidis; Schoenbaum, 2003, p. 94.

⁴⁷² Ibid.

⁴⁷³ Artigo 3.3, ESC: “A rápida solução de situações nas quais um membro considera que qualquer benefício provenientes direta ou indiretamente de acordos cobertos são prejudicados pelas medidas tomadas por outro Membro é essencial para o funcionamento eficaz da OMC e a manutenção de um equilíbrio adequado entre direitos e obrigações dos Membros”. (minha tradução)

6. CONCLUSÃO

O comércio internacional é um dos pilares das relações internacionais entre Estados. Países têm trocado bens durante séculos a fim de exportar seus próprios produtos e suprir a demanda doméstica de importação de seus parceiros. Mais que nunca o comércio multilateral é um elemento chave de conexão internacional entre países no mundo todo, e um fator indispensável de crescimento econômico global.

Nesse sentido, a criação da OMC é um evento histórico notável. Desde 1995 o comércio multilateral tem impulsionado o crescimento econômico. Dados da OMC estimam que entre 109 e 510 milhões de dólares foram acrescentados à renda mundial como resultado da Rodada de Uruguai que terminou em 1994. Evidências empíricas se acumulam e demonstram que barreiras comerciais baixas são boas para todos os membros de economias nacionais. Elas permitem livre circulação de bens, incentivam o fluxo de investimento e permitem uma rápida transferência de tecnologia e informação pelo mundo, promovendo um grande incentivo à inovação.

O sistema legal da OMC é um grande contribuinte do bom funcionamento do comércio multilateral. Ao submeter todos os membros às mesmas regras, ele realmente reduz algumas desigualdades. Tendo com base princípios de não discriminação, o sistema da OMC reprime ações unilaterais – especialmente de países poderosos –, e ajuda no processo de corrigir os desequilíbrios entre países.

A fim de situar o tema desta pesquisa, o capítulo 2 lidou com aspectos e peculiaridades do sistema comercial multilateral. Elementos de Direito Internacional Público e Direito do Comércio Internacional resgatados durante toda a tese foram apresentados nessa seção. Uma vez que a discussão da presente pesquisa tem raízes no Direito Internacional Público – um pano de fundo de Direito Internacional Econômico foi traçado nesse capítulo. Dado que a OMC é uma organização internacional criada por um tratado de Direito Internacional Público, considerou-se importante dar uma visão geral de temas de responsabilidade internacional dos Estados e a noção do que atualmente se entende por soberania dos Estados nesse capítulo. Em especial, os princípios de responsabilidade Estatal são tidos como importantes na análise dos níveis de não cumprimento na OMC, como indicado no quarto capítulo.

Nesse contexto, o presente estudo dá atenção especial ao sistema de solução de disputa com seu lado forte e fraco. Não restam dúvidas que as disposições do ESC foram bem sucedidas – em grande medida –, em promover segurança e previsibilidade nas relações comerciais globais. O número considerável de disputas tratadas na OMC até hoje revela, por um lado, a confiança que os Estados membros têm no sistema e, por outro lado, sua credibilidade. Entretanto, o sistema de solução de disputas tem inconsistências e lacunas que não podem ser ignoradas e representam o nicho e principal motivação desta tese.

O capítulo 3 analisou a disciplina do sistema de solução de controvérsias da OMC, - jurisdição e procedimentos de implementação de decisões do sistema. Nesse sentido, o capítulo investigou com detalhe o funcionamento dos remédios da OMC, ou seja, compensação e suspensão de concessões e outras obrigações.

Em seguida, o capítulo 4 tratou de dificuldades potenciais que devem ser consideradas em relação à fase de implementação do ESC. Ao discutir a implementação de decisões da OMC, o conceito de soberania Estatal certamente emergirá. Os membros perdedores afetados pelas recomendações adotadas pelo OSC são tentados a invocar a soberania de Estado como um escudo protetor para driblar o cumprimento de decisões. Entretanto, seguindo os preceitos de direito internacional público, a análise argumentou que: (i) com a atual interdependência entre os Estados, não há espaço para conceitos antigos de soberania absoluta de Estados; (ii) os membros da OMC assinaram voluntariamente sua participação e submissão às leis e regras da OMC, que devem ser compulsoriamente respeitadas e; (iii) os Estados devem ser responsabilizados por suas quebras de obrigações internacionais e assim devem reparar os danos causados pelas suas violações.

Ainda mereceu atenção no mesmo capítulo, o efeito vinculante das regras e recomendações do OSC. O capítulo enfatiza que os membros da OMC têm uma obrigação *pacta sunt servanda*, de acordo com a qual os membros concordam voluntariamente em ceder, compulsoriamente, a terceiros o direito de dirimir suas disputas comerciais. Parece haver uma tendência a entender mal o efeito vinculante das recomendações que derivam tanto do OSC. Entretanto, ainda que a palavra recomendação possa ser entendida como um termo relativamente brando, a análise desta tese conclui justamente por seu efeito vinculante.

Além disso, o capítulo 4 discutiu os resultados relacionados à assimetria econômica dos membros da OMC, tratando de assuntos de assimetria econômica, bem como das assimetrias políticas e

sociais que estão direta ou indiretamente envolvidas na discussão. Ainda que o comércio multilateral estimule o crescimento econômico global, as diferenças que separam os jogadores da OMC são consideráveis. O estudo concluiu que a influência econômica e a falta de capacidade legal para litigar na OMC podem ser fortes razões constringendo o uso do sistema pelos países em desenvolvimento, especialmente no que toca as pequenas economias. Essas razões, portanto, limitam os membros em questão a tirar total vantagem do sistema de solução de controvérsias.

Por outro lado, se os países em desenvolvimento encontrarem meios de driblar as dificuldades para demandar no sistema, outros problemas podem surgir. Num estágio posterior da disputa, as assimetrias econômicas e políticas têm um papel importante quando a discussão trata do induzimento ao cumprimento na fase de implementação. Ao considerar uma retaliação tradicional, como a imposição de taxas alfandegárias derivadas de países em desenvolvimento, seu efeito é contraproducente e, provavelmente, não causará qualquer pressão para induzir cumprimento. Ao contrário, essas medidas serão um tiro no pé do membro que está impondo a sanção. Nesse cenário a possibilidade de retaliação cruzada emerge como sendo uma opção atraente para os países em desenvolvimento. E de fato é. Especialmente a retaliação cruzada em TRIPS é tida como sendo muito eficaz na produção de uma ameaça crível ao membro recalcitrante afetado.

Ainda, as reflexões feitas no capítulo 4 concluíram que o mecanismo de retaliação tradicional disposto no ESC vai em direção contrária ao levantamento de padrões de vida e bem estar social dos membros da OMC. Ao invés disso, a retaliação traduzida em mais tarifas alfandegárias pode produzir efeitos extremamente prejudiciais ao comércio internacional.

Finalmente, o capítulo 4 tratou de assuntos relacionados ao cumprimento de decisões adotadas pelo OSC. Como o cumprimento é um tema que perpassa toda a tese, este capítulo teve como objetivo principal esclarecer as obrigações de cumprimento na OMC.

Esta pesquisa concluiu que o cumprimento das decisões adotadas não é uma opção viável para os membros da OMC. Ao invés disso, o cumprimento do Direito da OMC e, portanto, das decisões adotadas pelo OSC é obrigatório, como foi observado. De fato, a observância mandatória das regras do comércio multilateral é requisito primário para o jogo justo.

Em relação à questão de se as assimetrias econômicas dos membros contribuem para o não cumprimento dentro das decisões, o estudo concluiu que sim, contribuem. Ainda que os membros da OMC possam escolher cumprir suas obrigações por vários outros motivos, o estudo pressupõe que a ameaça crível de retaliação promove um grande nível de incentivo ao cumprimento.

O capítulo final desta tese levou em consideração que a retaliação cruzada, em grande medida, parece ser uma solução eficaz para algumas das imperfeições do sistema de implementação. Ainda que os procedimentos de retaliação cruzada aprovados não tenham sido postos em prática, e ainda que eles ainda sejam considerados uma opção secundária para retaliar, os procedimentos de retaliação cruzada têm sido observados por acadêmicos e profissionais como instrumentos eficazes para países em desenvolvimento induzirem o cumprimento de decisões favoráveis a eles.

Em especial, a suspensão de direitos de PI parece ser extremamente interessante. Ela afeta setores muito sensíveis e poderosos da indústria dependente de PI, na maior parte concentrada nos países desenvolvidos.

O capítulo 5, então, focou nos direitos de propriedade intelectual e nos casos em que a retaliação cruzada foi autorizada pelo OSC. Foi necessário tratar de temas relacionados à PI a fim de entender e analisar a efetividade da suspensão de concessões e outras obrigações dispostas no Acordo TRIPS como armas de retaliação. Ofereceu-se uma visão geral do mundo da propriedade intelectual. O estudo foi extremamente importante para esclarecer as singularidades e as funções dos direitos de PI e fazer uma seleção preliminar dos direitos de propriedade intelectual que seriam mais adequados para promover uma contra retaliação bem sucedida em TRIPS. Depois de escrever esta seção da tese, restou claro para a autora que, no caso de uma eventual retaliação cruzada, a suspensão de patentes e direitos autorais podem ser as melhores e mais práticas opções para estimular tanto a indução ao cumprimento quanto o aumento de bem estar social.

Assim, é lógico esperar que o capítulo também explicasse como avaliar a suspensão de obrigações em TRIPS e tratasse do raciocínio básico para calcular o nível de retaliação. O nível de retaliação cruzada em TRIPS, como tratam as disposições do ESC, tem que ser equivalente e proporcional ao nível de nulidade e prejuízo em discussão no OSC. Este estudo detalhou quatro elementos que têm que ser considerados na avaliação de contra retaliação de PI, quais sejam: equivalência, proporcionalidade, bem estar social e mercados

exportadores. Ainda que os árbitros tenham a palavra final em assuntos do cálculo do nível de retaliação, o país que está suspendendo tem que ser diligente em mostrar como abordar a equivalência e proporcionalidade e, ao mesmo tempo, indicar o aumento de bem estar que a contra retaliação pode proporcionar além de identificar possíveis mercados exportadores.

De fato, a retaliação em TRIPS apresenta desafios para ser posta em prática. Esta pesquisa tratou daqueles que foram considerados extremamente importantes para o país que está suspendendo.

Concluiu-se que o elemento mais básico e primário que deveria ser fornecido pelo governo do país que está suspendendo concessões ou outras obrigações, é uma legislação nacional que cuide do tema. Primeiramente, a fim de fazer uma retaliação cruzada viável, o país que está suspendendo tem que decretar uma legislação doméstica permitir o procedimento. Isso é importante a fim de não inferir uma ação ilegal na jurisdição doméstica. Ao contrário da retaliação tradicional que lida com direitos públicos – ou seja, direitos aduaneiros-, a retaliação cruzada em TRIPS afeta direitos privados que podem ser perseguidos em cortes nacionais. Tratando da mesma natureza de desafio, a tese também revisou compromissos internacionais que podem entrar em jogo. A análise desta pesquisa concluiu que o temor de que ações de suspensão em TRIPS implicariam em outros tratados internacionais tem fundamento, por um lado porque o TRIPS incorporou as Convenções de Paris e Berna, e, por outro, porque assumir obrigações da OMC não implica necessariamente na exclusão de convenções e compromissos da WIPO. Os sistemas trabalham juntos (de forma incremental).

Ao tratar da viabilidade econômica da suspensão de concessões em TRIPS, o estudo discutiu os desafios centrais do procedimento. A maior parte dos membros da OMC não tem condições econômicas para levar adiante uma contra retaliação. E para que a contra retaliação alcance seus objetivos de induzir o cumprimento e aumento de bem estar social, o país em desenvolvimento que está suspendendo concessões em TRIPS deve ter meios econômicos consideráveis para tornar o procedimento viável. Basicamente, esta tese concluiu que o país que está suspendendo deve ter (i) um tamanho de mercado doméstico considerável; (ii) conhecimento básico e; (iii) meios suficientes para bancar os custos da retaliação. Primeiro, o tamanho do mercado doméstico importa, uma vez que o país tem que ter uma demanda relacionada suficiente para justificar e pagar os investimentos para implementar os benefícios de suspender os direitos de PI. Segundo, se o

país que está suspendendo não possuir *know-how* suficiente e, meios para tirar vantagem da suspensão de uma patente (por exemplo), a retaliação cruzada não produz nenhum efeito. Terceiro, implementar medidas de retaliação cruzada no país que está suspendendo concessões pode representar investimentos consideravelmente altos na estrutura doméstica a fim de lucrar com a suspensão de direitos de propriedade intelectual.

Ainda sobre os desafios, o capítulo 5 trata da pressão política numa seção separada. Argumentou-se que o principal obstáculo para os países em desenvolvimento poderia ser a pressão política dos governos e dos acionistas de países desenvolvidos. Indústrias poderosas e exploradoras de PI podem promover amplas formas de lobby para manchar a reputação do país em desenvolvimento que está tentando colocar em prática uma medida de retaliação cruzada.

Assim, a fim de observar como todos os elementos funcionam na prática, a última seção do capítulo 5 revisou três casos onde pedidos de contra retaliação foram feitos e aprovados na OMC, quais sejam: o CE-Bananas III, EUA-Jogos de Azar e EUA-Algodão. O capítulo explicitou as dificuldades para colocar o procedimento em prática. Ainda, o capítulo confirmou as presunções de desafios e dificuldades supramencionadas e mostrou que dentro do grupo de países em desenvolvimento reclamantes (Equador, Antígua e Brasil), o único país que de fato poderia oferecer uma ameaça crível de retaliação cruzada foi o Brasil.

Tendo em conta que OMC tem o compromisso de implantar efeitos positivos para garantir que os membros em desenvolvimento participem no crescimento do comércio mundial, assegurando e tratando de suas necessidades de desenvolvimento econômico; o capítulo encerrou fazendo referência a dois temas importantes nas discussões que envolvem esta tese.

A pesquisa concluiu que, em grande medida, a retaliação cruzada pode funcionar como veículo de desenvolvimento para os membros de países mais fracos no jogo do comércio multilateral. Em especial, a retaliação cruzada em TRIPS, se bem planejada e executada, pode contribuir significativamente para o aumento da inovação no país que está suspendendo as concessões de direitos de propriedade intelectual, ao passo que permite o acesso a informações que seriam utilizadas em favor da indústria doméstica do membro reclamante.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **Artigos/Livros/Reports**

ABBOTT, Frederick M. *Cross-Retaliation in TRIPS: Options for Developing Countries*. ICTSD Programme on Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade, Issue paper No. 8. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2009.

AGO, Roberto. *Scritti sulla responsabilità degli Stati I*. Padova: Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, 1978.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. O Poder e a Glória: a questão das assimetrias no sistema internacional. In: *Revista Espaço Acadêmico*. N. 49, 2005. Published online at: <<http://www.espacoacademico.com.br/049/49pra.htm>>. Last accessed in: 20 Jun. 2011.

AMARAL JÚNIOR, Alberto (coord). *A Reforma do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC e os Países em desenvolvimento*. São Paulo: Ford Foundation, 2006.

ANZILOTTI, Dionizio. *Corso di Diritto Internazionale*. Volume Primo. Città di Castello: Società Poligrafica Editoriale, 1964.

APPLETON, Arthur. E. *Suspension of Concessions in the Services Sector: Legal, Technical and Economic Problems*. ICTSD Programme on Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade, Issue paper No. 7. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2009.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 35^a ed. São Paulo: Globo, 1996.

BAGWELL, Kyle; MAVROIDIS, Petros; STAIGER, Robert. *The case for Tradable Remedies in WTO Dispute Settlement*. World Bank Policy Research Paper n. 3314, 2004.

BAPTISTA, Luiz Olavo. O Direito é História. In: Baptista, Luiz Olavo; Celli Junior, Umberto; Yanovich, Alan (org.) *10 anos de OMC: uma análise do sistema de solução de controvérsias e perspectivas*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

BARRAL, Welber (org.). *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

BARRAL, Welber; PRAZERES, Tatiana. Solução de Controvérsias. In: BARRAL, Welber. (org.). *O Brasil e a OMC*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2002.

BARRAL, Welber. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

_____. Solução de Controvérsias na OMC. In: DREYZIN DE KLOR, Adriana .; Pimentel, Luiz Otávio; Kegel, Patrícia. *Solução de Controvérsia: OMC, União Européia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, p. 11-67.

_____. *O Comércio Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
BARRAL, Welber; KEGEL, Patrícia; KLOR, Adriana Dreyzin; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Solução de Controvérsias: OMC, União Européia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004.

BARRAL, Welber.; DREYZIN DE KLOR, Adriana.; KEGEL, Patrícia; PIMENTEL, Luiz Otávio *O sistema de solução de controvérsias na OMC, União Européia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2004.

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). *Comércio internacional e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARRAL, Welber.; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

BARTELS, Lorand. Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings. In: *Journal of World Trade*. 35(5): 499-519. The Netherlands: Kluwer Law International, 2001.

BARTON, John H.; GOLDSTEIN, Judith L.; JOSLING, Timothy E. and; STEINBERG, Richard H. *The Evolution of the Trade Regime: Politics, Law and Economics of the GATT and the WTO*. United Kingdom: Princeton University Press, 2006.

BASHEER, Samnad. Turning TRIPS on its Head: An “IP Cross Retaliation” Model for Developing Countries. In: *Law and Development Review*, Vol. 2, No. 1, 2009. Published online at: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1093284>. Last accessed in: 9 Jun. 2011.

BASSO, Maristela; BEAS, Edson. Cross-Retaliation through TRIPS in the Cotton Dispute? In: *Bridges Monthly Review* 9(5). 2005, p. 19-20. Disponível em: <<http://www.icts.org/monthly/bridges/BRIDGES9-5.pdf>>. Acesso em: 13 Jul. 2011.

BILDER, Richard B. Beyond Compliance: Helping Nations Cooperate. In: SHELTON, Dinah (ed.). *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Aalen: Scientia, 1977.

BOWN, Chad P.; PAUWELYN, Joost (ed.) *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

BRAZ, Mario Sérgio Araujo. *Retaliação na OMC*. Curitiba: Juruá, 2006.

BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1963.

_____. *State Responsibility (System of the Law of the Nations)*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

_____. *Princípios de Direito Internacional Público*. Tradução de Maria Manuela Farrajota, Maria João Santos, Victor Richard Stockinger e Patrícia Galvão Teles. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BUSCH, Marc L.; REINHARDT, Eric. Bargaining in the shadow of the law: early settlement in GATT/WTO disputes. In: *Fordham International Law Journal* 24 (1, 2), 2000, p. 158-172.

_____. Testing international trade law: empirical studies of GATT/WTO dispute settlement. In: Kennedy, D.; Southwick, J. (eds.) *The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honor to Robert E. Hudec*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 457-481.

_____. Developing Countries and General Agreement on Tariffs and Trade/World Trade Organization Dispute Settlement. In: *Journal of World Trade* 37(4), 2003, p. 719-735.

_____. The WTO Dispute Settlement Mechanism and Developing Countries. In: *Trade brief on the WTO Dispute Settlement*. Sida: Department for Infrastructure and Economic Cooperation. Stockholm: Edita Sverige AB, 2004.

BUSCH, Marc; REINHARDT, Eric; SHAFFER, Gregory. Does legal capacity matter? Explaining patterns of protectionism in the shadow of WTO litigation, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1091435>. Acesso em: 10 Ago. 2011.

CARVALHO, Nuno Pires de. *The TRIPS regime of patent rights*. 3rd ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2010.

CEPAL - Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. *Os efeitos da globalização nas economias do Caribe pertencentes à CARICOM*, 2007. Disponível em <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/9/10029/por-cap11-Globalizacion.pdf>>. Último acesso em: 27 Jun. 2011.

CHARLTON, Andrew; STIGLITZ, Joseph E. *Fair Trade For All: How Trade Can Promote development*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

CHARNOVITZ, Steve. Rethinking WTO Trade Sanctions. In: *The American Journal of International Law*. Vol. 95, N. 4, 2001, p. 792-813.

_____. Should the Teeth be Pulled? An Analysis of WTO Sanctions. In: KENNEDY, Daniel L. M.; SOUTHWICK, James D. (eds.) *Political Economy of International Trade Law: Essays in Honor of Robert E. Hudec*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2002, p. 602-635.

CHARNOVITZ, Steve; KEARNS, Jason E. Adjudicating in the WTO: A Review of DSU Article 21.5. In: *Journal of International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 331-352.

CLAESSENS, Fleur. *Intellectual Property and Developing Countries: Balancing rights and obligations*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2009.

COLEMAN, Judith; HORLICK, Gary. The Compliance Problems of the WTO. In: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2007, p. 141-1147. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ajic124&div=17&g_sent=1&collection=journals>. Acesso em: 10 Set. 2011.

CORREA, Carlos. M. (ed.) *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPs Agreement and Policy Options*. New York: Zed Books Ltd, 2000.

_____. *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules*. UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2010.

_____. The Push for Stronger Enforcement Rules: Implications for Developing Countries In: *The Global Debate on the Enforcement of Intellectual Property Rights and Developing Countries*, Programme on IPRs and Sustainable Development, Issue Paper No.22, International Centre for Trade and Sustainable Development, Geneva, Switzerland, 2009.

CORREA, Carlos M.; XUAN, Li. (eds.) *Intellectual Property Enforcement from a Development Perspective*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited and South Centre, 2009.

CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2002.

CRETELLA NETO, José. *Direito Processual na Organização Mundial do Comércio – OMC: casuística de interesse para o Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHISIK, Richard; ONDER, Harun. *Limiting Cross-Retaliation when Punishment is Limited: How DSU Article 22:3 Complements GATT Article XXVIII*, 2011. Published online at: <<http://economics.ryerson.ca/workingpapers/wp025.pdf>>. Last accessed in: 10 Aug. 2011.

DAILLIER, Patrick; NGUYEN, Quoc Dinh; PELLET, Alain. *Public International Law*. 2nd ed. Lisbon: Calouste Gulbenkian, 2003.

DAL RI JÚNIOR, Arno. (org.); OLIVEIRA, Odete Maria de. (org.). *Direito Internacional Econômico em expansão: desafios e dilemas*. Ijuí: Uijuí, 2003.

Davey, William J. Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded Its Authority? In: *Journal of International Economic Law*, Vol. 79, 2001. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=289249>>. Acesso em: 16 Jan. 2008.

_____. The Dispute Settlement Mechanism. In: *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series*. Research Paper No. 03-08, 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=419943>. Acesso em: 5 Maio 2011.

_____. Evaluating WTO Dispute Settlement: What Results Have Been Achieved Through Consultations and Implementation of Panel Reports? In: *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series*. Research Paper No. 05-19, 2005a. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=863865>. Acesso em: 6 Maio 2011.

_____. The WTO Dispute Settlement System: the first ten years. In: *Journal of International Economic Law*. Vol. 8 (1), p. 17-50, 2005b.

_____. Implementation in WTO Dispute Settlement: An Introduction to the Problems and Possible Solutions. In: *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series*. Research Paper No. 05-16, 2005c. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=862786>. Acesso em: 7 May 2011.

_____. Compliance Problems in the WTO Dispute Settlement. In: *Cornell International Law Journal* V. 42, 2009, p. 119-128. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cintl42&div=8&g_sent=1&collection=journals>. Acesso em: 30 Jul. 2011.

DAVEY, Willian J.; JACKSON, John H.; SYKES JR., Alan O. *Legal Problems of International Economic Relations*: cases, materials and text on the National and International Regulations of Transnational Economic Relations. 4th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2002.

DAVID, Paul A. *The Evolution of Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb*. Paper prepared for presentation at the Meetings of the International Economic Association in Moscow, 24-28 August, 1992.

DESMEDT, Axel. Proportionality in WTO Law. In: *Journal of International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 441-480.

DOWNS, George W.; JONES, Michael A. Reputation, Compliance, and International Law. In: *Journal of Legal Studies*. Chicago: The University of Chicago, 2002, p. 95-114.

DRATLER Jr., Jay. *Intellectual Property Law*: commercial, creative, and industrial property. New York: ALM Properties, Inc., Law Journal Press, 1991.

DUGUIT, Léon. *Soberanía y Libertad*. Madrid: Librería española y extranjera, 1924.

DUNNE III, Matthew S. Redefining Power Orientation: A reassessment of Jackson's paradigm in light of asymmetries of power, negotiation, and compliance in the GATT/WTO Dispute Settlement System. In: *Law and Policy in International Business*, Vol. 34, Issue 1, 2002, pp. 277-342.

DUPUY, Pierre-Marie. *Le Fait Générateur de la Responsabilité Internationale des États*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, v 188 (V), 1984.

ETHIER, Wilfred. Intellectual Property Rights and Dispute Settlement in the World Trade Organization. In: *Journal of International Economic Law* 7(2) 2004, p. 449-458.

EZEANI, Elimma C. *The WTO and its Development Obligation: Prospects for Global Trade*. London: Anthem Press, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRANKEL, Susy; LEWIS, Meredith K. (eds.) *International Economic Law and National Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

FINK, Carsten. Enforcing Intellectual Property Rights: an Economic Perspectives. In: *The Global Debate on the Enforcement of Intellectual Property Rights and Developing Countries*, ICTSD IPRs and Sustainable Development Programme, Issue Paper No.22, International Centre for Trade and Sustainable Development, Geneva, Switzerland, 2009.

FLIGNOR, Paul; OROZCO, David. *Intangible Asset & Intellectual Property Valuation: A Multidisciplinary Perspective*. 2006. Disponível em:

<http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/IP_Valuation.pdf>. Acesso em: 10 Ago. 2011.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. 40th anniversary edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

FRIEDMANN, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. New York: Columbia University Press, 1964.

FUKUNAGA, Yuka. Securing compliance through the WTO dispute settlement system: implementation of DSB recommendations. In: *Journal of International Economic Law* 9(2), 2006, p.383–426.

GANIN, Daniel; SCHAFFER, Gregory. WTO Remedies: Extrapolating Purpose from Practice. IN: *Minnesota Legal Studies Paper Series*. Research Paper n. 08-51, 2008. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1321507>. Acesso em: 10 Ago. 2011.

GARBELINI JÚNIOR, Antonio. O sistema de solução de controvérsias da OMC nos próximos 10 anos: propostas para reformas sistêmicas e procedimentais. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; CELLI JÚNIOR, Umberto; YANOVICH, Alan. *10 Anos de OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

GEIGER, C. (ed.) *Criminal Enforcement of Intellectual Property: A Blessing or a Curse?* UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2010.

GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

GERVAIS, Daniel. *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*. 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2003

GILPIN, Robert. *The Challenge of Global Capitalism: the world economy in the 21st century*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

GRADUATE Institute of International and Development Studies (IHEID). *Legal Memorandum on the Options for Antigua in Suspending Copyright-Related TRIPS Obligations against the US in the US-Gambling Case*, 2009. Disponível em: <<http://graduateinstitute.ch/webdav/site/ctei/shared/CTEI/Research%20Projects/Trade%20Law%20Clinic/Legal%20memorandum%20on%20the%20Options%20for%20Antigua%20in%20Suspending%20Copyright-Related%20TRIPS%20Obligations%20against%20the%20US%20in%2>

0the%20US-Gambling%20Case,%202009.pdf>. Acesso em: 01 Set. 2011.

GROCIUS, Hugo. *Do Direito da Guerra e da Paz*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

GUZMAN, Andrew T. *A Compliance-Based Theory of International Law*. California Law Review. University of California, Berkeley, 2002. Disponível em: <http://works.bepress.com/andrew_guzman/8>. Acesso em: 7 Jul. 2011.

HAAS, Peter M. Choosing to Comply: Theorizing from International Relations and Comparative Politics. In: SHELTON, Dinah (ed.). *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

HELD, David.; McGrew, Anthony. The Great Globalization Debate. In: HELD, David; MCGREW, Anthony. *The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate*. 2 ed. Cambridge: Polity Press, 2003.

HENKINS, Louis. *How Nations Behave*. 2nd ed. New York: Columbia University Press, 1979.

_____. *International Law: Politics and Values*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

HILF, Meinhard. Power, Rules and Principles – Which Orientation for GATT/WTO Law? In: *Journal of International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 111-130.

HOEKMAN, Bernard. The WTO: functions and basic principles. In: ENGLISH, Philip; HOEKMAN, Bernard; MATOO, Aaditya. *Development, Trade and the WTO*. Washington, DC: The World Bank, 2002.

HOEKMAN, Bernard. M.; KOSTECKI, Michel. M. *The political Economy of the World Trade System: The WTO and Beyond*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

HUDEC, Robert. GATT Dispute Settlement after the Tokyo Round: an unfurnished business. In: *Cornell International Law Journal*. V. 13. N. 2. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1980.

_____. *Developing Countries in the GATT legal System*. London: Trade Policy Research Center, 1987.

_____. Broadening the scope of remedies in the WTO dispute settlement. In: WEISS, Friedl. *Improving WTO dispute settlement procedures: issues and lessons from the practice of other international courts and tribunals*. London: Cameron May Ltd., 2000.

_____. The adequacy of WTO Dispute settlement Remedies. In: HOEKMAN, Bernard; MATTOO, Aaditya and; ENGLISH, Philip (eds.) *Development, Trade and the WTO*. World Bank, Washington, DC, 2002.

INTERNATIONAL Law Commission. *Yearbook of the International Law Commission 1956*. Disponível em:

<<http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1956.htm>>. Acesso em: 13 Jan. 2011.

_____. *Yearbook of The International Law Commission 1969*.

Disponível em:

<<http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1969.htm>>. Acesso em: 13 Jan. 2011.

_____. *Yearbook of The International Law Commission 1970*.

Disponível

em:

<<http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1970.htm>>. Acesso em: 13 Jan. 2011.

_____. *Yearbook of the International Law Commission, Part II, 2001*.

Disponível

em:

<[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/I/LC_2001_v2_p2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/I/LC_2001_v2_p2_e.pdf)>. Acesso em: 30 Aug. 2011.

INTERNATIONAL Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD). *The Global Debate on the Enforcement of Intellectual Property Rights and Developing Countries*, Programme on IPRs and

Sustainable Development, Issue Paper No. 22, International Centre for Trade and Sustainable Development, Geneva, Switzerland, 2009.

INTERNATIONAL Monetary Fund. *Globalization: Opportunities and Challenges*, in *World Economic Outlook*, May 1997. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/WEOMAY/chapter3.pdf>>. Acesso em: 20 Dec. 2010.

JACKSON, John Howard. The Crumbling Institutions of the Liberal Trade System. In: *Journal of World Trade*, V. 12, N. 2, 1978, p 93-106.

_____. *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*. London: Royal Institute for International Affairs, 1998a.

_____. Dispute Settlement in the WTO: policy and jurisprudential considerations. In *Research seminar in international economics*. University of Michigan, 1998b, p. 01-24.

_____. *The World Trading System*. (2ed.) Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2000a.

_____. *The Jurisprudence of GATT and the WTO: insights on treaty and economic relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000b.

_____. The Role and Effectiveness of the WTO Dispute Settlement Mechanism. In: *Brookings Trade Forum*, 2000c, p. 179-219. Disponível em: <<http://muse.jhu.edu/journals/btf/summary/v2000/2000.1jackson.html>>. Acesso em: 18 Jul. 2011.

JAKOBSEN, Kjeld. *Comércio internacional e desenvolvimento: do GATT à OMC; discurso e prática*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005.

JELLINEK, George. *Teoría general del Estado*. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KAMIYAMA, Shigeki; MARTINEZ, Catalina; SHEEHAN, Jerry. *Valuation and Exploitation of Intellectual Property*. Organisation for

Economic Co-operation and Development. STI Working Paper (2006)5. July, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Principles of International Law*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange Ltda., 2003.

KEOHANE, Robert O. *International Institutions and State Power: Essays in International Relations*. New York: Westview Press, 1989.

KEOHANE, Robert O.; NYE JR. Joseph S. Globalization: What's New? What's Not? (And So What?). In Held and McGrew. *The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate*. 2 ed. Cambridge: Polity Press, 2003, p. 75 – 83.

KESSIE, Edwini. Solução de Controvérsias: Implementação e Execução. In: *Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento*, 2003. Disponível em: <http://www.unctad.org/pt/docs/edmmisc232add23_pt.pdf>. Acesso em: 26 Set. 2007.

KOH, Harold Hongju. Why do Nations Obey International Law? In: *The Yale Law Journal*. Vol. 106, N. 8. The Yale Law Journal Company, 1997. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/797228>>. Acesso em: 11 Set. 2011.

KOUL, Autar Krishen. *Guide to the WTO and GATT: Economics, Law and Politics*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria de Advogado, 1998.

_____. *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LAKATOS, Csilla; WALMSLEY, Terry. *Dispute Settlement at the WTO: Impacts of a No Deal in the US-Brazil Cotton Dispute*, 2011.

Disponível em: <<http://www.etsg.org/ETSG2011/Papers/Lakatos.pdf>>. Acesso em: 01 Set. 2011.

LANDES, Willian M.; POSNER, Richard. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

LAURIE, Graeme; MacQUEEN, Hector; WAELEDE, Charlotte. *Contemporary Intellectual Property: Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LAWSON, Michael Nunes. A Fase de Implementação no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: subsídios para a sua revisão. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Direito Internacional e da Integração*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2003.

LEITNER, Kara; LESTER, Simon. WTO Dispute Settlement 1995-2010 – A Statistical Analysis. In: *Journal of International Economic Law* 14(1), 2011, p. 191-201. Disponível em: <<http://jiel.oxfordjournals.org/content/14/1/191.full.pdf+html>>. Acesso em: 30 Jul. 2011.

LI, Yongjie; MERCURIO, Bryan; YANG, Guohua. *WTO Dispute Settlement System: a detailed interpretation*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras Ltda., 2001.

MAHENDRA, Vikas N. *Cross-Retaliation Under the TRIPS Agreement: probing an effective strategy*. Dissertation from the European Master in Law and Economics. University of Bologna, 2009.

MALACRIDA, Reto. Towards Sounder and Fairer WTO Retaliation: Suggestions for Possible Additional Procedural Rules Governing Members' Preparation on Adoption of Retaliatory Measures. In: *Journal of World Trade*. 42(1), 2008, p. 3-60.

MARINONI, Mario. *La responsabilità degli Stati per gli atti dei loro rappresentanti*. Roma: Athenaum, 1913.

MARTINS, Ives Gandra (Coord.) *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998.

MATSUSHITA, Mitsuo; MAVROIDS, Petros C.; SCHOENBAUM, Thomas J. *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*. New York: Oxford University Press, 2003.

MAVROIDIS, Petros C. Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place. In: *European Journal of International Law*, Vol. 11, N. 4, 2000, p. 763-813.

_____. Instrumentos no Sistema Jurídico da OMC: Entre um Rochedo e um Lugar Difícil. In: DAL RI JÚNIOR, Arno. (org.); OLIVEIRA, Odete Maria de. (org.). *Direito Internacional Econômico em expansão: desafios e dilemas*. Ijuí: Uijuí, 2003.

MAVROIDIS, Petros; PALMETER, David. *Dispute Settlement in the World Trade Organization: practice and procedure*. 2^a ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 2004.

McRAE, Donald. Measuring the effectiveness of the WTO Dispute Settlement System. In: *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*. Vol. 3, n.1, 2008, p. 1-20.

MENDEL, Mark E. Retaliation in the WTO: the experience of Antigua and Barbuda in Us-Gambling. In: BOWN, Chad P.; PAUWELYN, Joost (ed.) *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 310-316.

MENELL, Peter S. Intellectual Property: General Theories. In: *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/1600book.pdf>>. Acesso em: 18 Ago. 2011.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOINUDDIN, Mustafa; SENGSAVANG, Vilakone. WTO Dispute Settlement and the Problems of Compliance: Does Cross-Retaliation under TRIPS provide a Remedy? In: *Yokohama Journal of Social Sciences*. Vol. 15, N. 4, 2011. Disponível em: <<http://kamome.lib.ynu.ac.jp/dspace/bitstream/10131/7396/1/6-Moinuddin.pdf>>. Acesso em: 15 Ago. 2011.

MUTLU, Koray.; ÖNIS, Ziya. WTO at the End of its First Decade: The Political Economy of Asymmetric Interdependence. In: *The Journal of International Trade and Diplomacy*. 1(1) Spring 2007, p. 57-89.

NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NOTTAGE, Hunter. Evaluating the criticism that WTO retaliation rules undermine the utility of WTO dispute settlement for developing countries. In: BOWN, Chad P.; PAUWELYN, Joost (ed.) *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 319-338.

O'CONNOR, Bernard. *The Law of Geographical Indications*. London: Cameron May Ltd., 2004.

OESCH, Matthias. Standards of Review in WTO Dispute Resolution. In: *Journal of International Economic Law*, 6(3), 2003, p. 635-659.

OGUAMANAM, Chidi. *Beyond Theories: The Intellectual Property Dynamics in the Global Knowledge Economy*, 2009. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=chidi_oguamanam&sei-redir=1#search=%22reward%20theory%20intellectual%20property%22>. Acesso em: 20 Jul. 2011.

OLIVEIRA, Barbara. *The Relation Between WTO Law And Public International Law: The applicable law in Dispute Settlement at the WTO*. University College London, 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=903052>. Acesso em: 6 Maio 2011.

OPPENHEIM, Lassa. *International Law: A Treatise*. 5ª ed. London: Longman, Green, 1937.

PAUWELYN, Joost. *Conflicts of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*. Cambridge: University Press, 2003.

_____. The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations? In: BOWN, Chad P.; PAUWELYN, Joost (ed.) *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010a, p. 34-65.

_____. *The Dog that Barked but Didn't Bite: 15 Years of Intellectual Property Disputes at the WTO*. November, 2010b. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1708026>. Acesso em: 25 Mar. 2011.

PEREIRA, Luiz Cezar Ramos. *Ensaio sobre a Responsabilidade Internacional do Estado e suas Consequências no Direito Internacional* (a saga da responsabilidade internacional do Estado). São Paulo: LTr, 2000.

PEREZ-AZNAR, Facundo. *Countermeasures in the WTO Dispute Settlement System: An Analysis of their Characteristics and Procedure in the Light of General International Law*. Studies and Working Papers, Graduate Institute of International Studies: Geneva, 2005.

PÉREZ GABILONDO, José Luis. *Manual sobre Solución de Controversias en la Organización Mundial del Comercio: principios, procedimientos, prácticas argentinas*. 1ª ed. Buenos Aires: Universidad Nacional Tres de Febrero, 2004.

PETERSMANN, Ernest-Ulrich. *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*. London: Kluwer Law International Ltd, 1997.

PIMENTEL, Luiz Otávio. Normas jurídicas do comércio mundial: propriedade intelectual. In: *Scientia Iuris: Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL*, Universidade Estadual de Londrina, v. 4, 2000.

_____. O acordo sobre os direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio. In: *Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, Florianópolis, a. XXIII, n. 44, Jul., 2002a.

_____. OMC e a propriedade intelectual. In: WACHOWICZ, M. (Org.). *Propriedade intelectual e internet*. Curitiba: Juruá, 2002b.

_____. (org.). *Direito Internacional e da Integração*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2003.

_____. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento: considerações sobre o comércio internacional. In: CASTRO JR., O. A. (Org.). *Temas atuais do direito do comércio internacional*. Florianópolis: OAB-SC, 2005.

PLASAI, Virachai. *Compliance and Remedies Against Non-Compliance Under the WTO System: Toward a More Balanced Regime for All Members*. ICTSD - Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade Issue Paper No. 3, 2007. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. *A OMC e os Blocos Regionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2009.

PRINCEN, Sebastiaan. EC Compliance with WTO Law: The Interplay of Law and Politics. In: *European Journal of International Law*, V. 15, N. 3, 2004, p. 555-574.

RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. *International Law, International Relations and Compliance*, 2002. UCLA School of Law Research Paper No. 347260. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=347260>>. Acesso em: 13 Set. 2011.

REUTER, Paul. *Introduction to the Law of Treaties*. London-New York: Pinter Publishers, 1989.

RICARDO, David. *Princípios de Economia Política e Tributação*. São Paulo: Abril, 1978.

RIDRUEJO, José A. Pastor. *Curso de Derecho Internacional Publico y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

RODRIK, David. *Has Globalization gone too far?* Washington, DC: Institute for International Economics, 1997.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

RUSE-KHAN, Henning Grosse. A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations. In: *Journal of International Economic Law* 11 (2). Oxford: Oxford University Press, 2008a, p. 313-364.

_____. *Suspending IP Obligation under TRIPS: A viable alternative to enforce prevailing WTO rulings?* (2008b) Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1317304>>. Acesso em: 26 Ago. 2011.

_____. *IP Enforcement Beyond Exclusive Rights*. Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No. 09-08, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1445292##>. Acesso em: 30 Ago. 2011.

_____. From TRIPS to ACTA: Towards a New 'Gold Standard' in Criminal IP Enforcement? In: Geiger, C.; Elgar, Ed. (eds.) (2011) *Criminal Enforcement of Intellectual Property: A Blessing or a Curse?* Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No. 10-06, 2010a. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1592104&rec=1&srcabs=1676558>. Acesso em: 13 Maio 2011.

_____. 'Gambling' with Sovereignty: complying with international obligations or upholding national autonomy. In: FRANKEL, Susy; LEWIS, Meredith K. (eds.) *International Economic Law and National Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010b.

SALLES, Luiz Eduardo. Procedures for the design and implementation of trade retaliation in Brazil. In: BOWN, Chad P.; PAUWELYN, Joost (ed.) *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 297-309.

SANDERS, Anselm. K. *Unfair Competition Law: The Protection of Intellectual and Industrial Creativity*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

_____. *The Development Agenda for Intellectual Property Rational Humane Policy or “Modern-day Communism”?* Inaugural Lecture, Institute of European Studies of Macau, 2005. Disponível em: <<http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=3156>>. Acesso em: 15 Ago. 2011.

_____. Intellectual Property, Free Trade Agreements and Economic Development. In: *Georgia State University Law Review*. Vol. 23:4, 2007. Disponível em: http://digitalarchive.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2492&context=colpub_review&sei-redir=1#search=%22Intellectual%20Property%2C%20Free%20Trade%20Agreements%20Economic%20Development%20DOWNLOAD%22>. Acesso em: 12 Ago. 2011.

SCHEFER, Krista Nadakavukaren. *Social Regulation in the WTO: Trade Policy and International Legal Development*. Cheltenham, UK: Edward Elgar publishing Limited, 2010.

SCHNELL, Theresa. *The Emergence of the GATT – What do realists and neoliberal institutionalists say?* Nordestedt, Germany: Grin Verlag, 2004.

SCHNEP, Randy. *Brazil's WTO Case Against the U.S. Cotton Program*. Congressional Research Service, June 2011. Disponível em: <<http://www.fas.org/sgp/crs/row/RL32571.pdf>>. Acesso em: 02 Set. 2011.

SHADIKHODJAEV, Sherzod. *Retaliation in the Dispute Settlement System*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

SHAFFER, Gregory. O Sistema de Solução de Disputas da OMC, seus pontos fracos e propostas de aperfeiçoamento: uma visão econômica e de mercado. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; CELLI JÚNIOR, Umberto; YANOVICH, Alan. *10 anos de OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

_____. Developing Country Use of the WTO Dispute Settlement System: Why it Matters, the Barriers Posed. In: *Minnesota Legal Studies Research Paper Series*. Research Paper n. 08-50, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1320222&rec=1&srcabs=1321507>. Acesso em: 11 Ago. 2011.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. Sixth Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SHELTON, Dinah (ed.). *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SMITH, James M. *Compliance Bargaining in the WTO: Ecuador and the Bananas Dispute*. Paper Prepared for a Conference on Developing Countries and the Trade Negotiation Process UNCTAD, 6-7 November, 2003, Geneva.

_____. Inequality in international trade? Developing countries and institutional change in WTO dispute settlement. In: *Review of International Political Economy*. N. 11:3, 2004, p. 542-573.

SMITS, Axel; VERLINDEN, Isabel. *Mastering the Intellectual Property Life Cycle: A global perspective on the tax-efficient management of IP rights*. 2nd ed. Belgium: PricewaterhouseCoopers, 2009.

SOREL, Jean M. *Resolución de litigios en la OMC*. 1^a ed. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2004.

STIGLITZ, Joseph. *Globalization and its Discontents*. New York: W.W. Norton & Company, 2002.

_____. *Fair Trade for all: How can trade promote development*. Brooks World Poverty Inaugural Lecture, 2006. 1 Feb. 2006. Disponível em: <<http://www.ljps.com.cn/oldweb/Stiglitz321/Fair%20trade%20for%20all.pdf>>. Acesso em: 5 Jan. 2011.

SUBRAMANIAN, Arvind; WATAL, Fayashree. Can TRIPS serve as an enforcement device for developing countries in the WTO? In: *Journal of International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 403-416.

SYKES, Alan.O. *Optimal Sanctions in the WTO: The Case for Decoupling (and the Uneasy Case for the Status Quo)*. Stanford Law

and Economics Olin Working Paper, 2009, No. 379. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1444589>>. Acesso em: 18 Jul. 2011.

THORSTENSEN, Vera. *OMC: As regras do comércio internacional e a Rodada do Milênio*. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

TREBILCOCK, Michael; HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. 3rd ed. London: Routledge, 2005.

TRITTON, Guy. *Intellectual Property in Europe*. Third edition. London: Sweet & Maxwell, 2008.

UNITED NATIONS ECONOMIC SOCIAL COMMISSION FOR ASIA AND THE PACIFIC. *Globalization: opportunities and challenges*. Disponível em: <<http://www.unescap.org/pdd/publications/regcoop/ch1.pdf>>. Acesso em: 11 Jan. 2011.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Dispute Settlement World Trade Organization: 3.4 Implementation and Enforcement*. New York and Geneva: United Nations, 2003.

VALLS, Lia. Histórico da Rodada do Uruguai do GATT. In: *Estudos de Comércio Exterior*. V. 1, n.º 3, 1997.

VAN DEN BOSSCHE, P. *The Law of the World Trade Organization*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2005.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*. 5^a ed. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1967.

WHITEMAN, Allison L. *Cross Retaliation Under the TRIPS Agreement: An Analysis of Policy Options for Brazil*, 2010. Disponível em: < <http://www.law.unc.edu/documents/journals/articles/964.pdf>>. Acesso em: 20 Ago. 2011.

YERXA, Rufus; WILSON, Bruce (eds.). *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Etn Years*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

YU, Peter K. The TRIPS Enforcement Dispute. In: *Nebraska Law Review*, n. 89, 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1676558&rec=1&srcabs=1708026>. Acesso em: 01 Set. 2011.

- **Casos GATT/OMC**

Brazil - Aircraft (WT/DS46)

Canada – Aircraft (WT/DS70)

China – Intellectual Property Rights (WT/DS362)

EC – Hormones (WT/DS26) (WT/DS48)

EC - Bananas III (WT/DS27)

EC – Poultry (WT/DS69)

India – Patents (WT/DS50)

Japan – Alcoholic Beverages II (WT/DS8) (WT/DS10) (WT/DS11)

Korea – Alcoholic Beverages (WT/DS75)

US – Copyright (WT/DS160)

US – Byrd Amendment (WT/DS217) (WT/DS234)

US - Upland Cotton (WT/DS267)

US - Gambling (WT/DS285)

- **Documentos GATT/OMC**

AGREEMENT on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994. Disponível em: < http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/19-adp_01_e.htm>.

AGREEMENT on Subsidies and Countervailing Measures. Disponível em: < http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm_01_e.htm>.

DISPUTE Settlement Understanding. Disponível em: < http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu_e.htm>.

GENERAL Agreement on Tariffs and Trade - GATT 1947. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm>.

MARRAKESH Agreement Establishing the World Trade Organization. Disponível em: < http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm>.

TRADE-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS. Disponível em: < http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm>.

WTO. Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU. Decision by the Arbitrators (WT/DS27/ARB). 9 Abril 1999.

WTO. European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU. (WT/DS27/ARB/ECU) 24 Março 2000.

WTO. United States – Section 110(5) of the US Copyright Act. Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU (WT/DS160/ARB25/1). 09 Nov. 2001.

WTO. Dispute Settlement Body –Special Session – Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement

Understanding – Communication from Ecuador (TN/DS/W/9). 08 Jul. 2002.

WTO. Dispute Settlement Body –Special Session – Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding – Proposal by the African Group (TN/DS/W/15). 25 Set. 2002.

WTO. Dispute Settlement Body –Special Session – Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding – Proposal by México (TN/DS/W/23). 4 Nov. 2002.

WTO. Dispute Settlement Body - Special Session - Negotiations on the Dispute Settlement Understanding - Special and Differential Treatment for Developing Countries, [...] Sri Lanka, Tanzania and Zimbabwe (TN/DS/W/19) 09 Out. 2002.

WTO. Dispute Settlement Body –Special Session – Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding – Proposal by Ecuador (TN/DS/W/33). 23 Jan. 2003.

WTO. Dispute Settlement Body –Special Session – Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding – Communication from Kenya (TN/DS/W/42). 24 Jan. 2003.

WTO. Dispute Settlement Body - Special Session - Dispute Settlement Understanding Proposals: Legal Text - Communication from India on behalf of Cuba, Dominican Republic, [...] Honduras, Jamaica and Malaysia (TN/DS/W/47) 11 Fev. 2003.

WTO. *The Future of the WTO: Addressing Institutional Changes in the Millennium*. Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi. Geneva: World Trade Organization, 2004.

WTO. Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU. Decision by the Arbitrator. (WT/DS285/ARB). 21 Dez. 2007.

WTO. Communication from Brazil. (WT/DS267/43). 12 Março 2010.

WTO. Joint Communication from Brazil and the United States. (WT/DS267/45). 31 Ago. 2010.

- **Outros documentos relevantes e páginas da internet**

BERNE Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html>. Acesso em: 19 Ago. 2011.

CÂMARA de Comércio Exterior. Resolução CAMEX 16, de 12 de Março de 2010. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1268663608.pdf>. Acesso em: 01 Set. 2011.

CÂMARA dos Deputados. Brasil. Projeto de Lei 1893/2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=364818>>. Acesso em: 10 Ago. 2011.

INSTITUTO Nacional de Propriedade Industrial. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/>>. Acesso em: 22 Ago. 2011.

INTELLECTUAL Property Watch. Disponível em: < <http://www.ip-watch.org/>>. Acesso em: 15 Ago. 2011.

INTERNATIONAL Court of Justice. Statute. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER_II>. Acesso em: 1 Set. 2011.

MINISTÉRIO do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/>>. Acesso em: 10 Jun. 2011.

OXFORD Dictionaries. Disponível em: < <http://oxforddictionaries.com/>>. Acesso em: 11 Jul. 2011.

PARIS Convention for the Protection of Industrial Property. Disponível em:

<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/trtdocs_wo020.html#P77_5133>. Acesso em: 19 Ago. 2011.

PRESIDÊNCIA da República. Decreto Nº 4.732/2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4732.htm>. Acesso em: 30 Ago. 2011.

_____. Lei Nº 12.270, de 24 de Junho 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12270.htm>. Acesso em: 10 Set. 2011.

STANFORD Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/economics/#5>>. Acesso em: 22 Ago. 2011.

UNITED Nations Charter (1945). Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/charter/>>. Acesso em: 25 Nov. 2010.

VIENNA Convention on Law of Treaties (1969) Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf>. Acesso em: 11 Jan. 2011.

WORLD Bank. *Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2006: Equidade e Desenvolvimento*. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2006/Resources/477383-1127230817535/0821364154.pdf>>. Acesso em: 03 Ago. 2011.

WORLD Bank, 2011. Gross Domestic Product 2010. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/GDP.pdf>>. Acesso em: 04 Ago. 2011.

WORLD Intellectual Property Organization. Disponível em: <<http://www.wipo.int/portal/index.html.en>>. Acesso em: 18 Ago. 2011.

_____. *What is Intellectual Property?* Disponível em: <http://www.wipo.int/freepublications/en/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf>. Acesso em: 30 Jul. 2011.

_____. Convention Establishing the World Intellectual Property Organization. Disponível em: http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/convention/pdf/trtdocs_wo029.pdf. Acesso em: 10 Ago. 2011.

_____. Development Agenda. Published online at: <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html>. Last accessed in: 13 Ago. 2011.

_____. WIPO/GEO/BEI/07/15. International Symposium on Geographical Indications, June, 2007.